Verträge im Prozeßrecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen
Juristischen Fakultät der Philipps-Universität
zu Marburg a. L.

vorgelegt von
Adalbert Hoffmann
Gerichtsreferendar
zu Berlin

Marburg a. L.
1927

Druck: Dr. H. Eschenhagen, Kommandit-Gesellschaft, Ohlau i. Schles.

Von der juristischen Fakultät
als Dissertation angenommen im Juli 1927.

Berichterstatter:
Geh. Justizrat Professor Dr. Alfred Manigk.

Berichtigungen.

Seite 2 Zeile 11: Es muß heißen: zuerst **auf** die Vereinbarungen einzugehen.

„ 3 „ 9: **Prozeßrecht** statt Prozeßrechts.

„ 3 „ 13: **Rechtsbeziehung** statt Rechtsbezeichnung.

„ 5 „ 9: Das abstrakte **Klagrecht** statt Das abstrakte Recht.

„ 6 „ 4: **Dieses** statt Diese.

„ 17 „ 8/9: Es muß heißen: § 274 Ziffer 3 ZPO. gibt eine prozeßhindernde, **nicht** eine materiellrechtliche Einrede.

„ 17 „ 11: **Lehre** statt Lehren.

„ 20 letzte Zeile: **unzuständig** statt zuständig.

„ 31 Zeile 11: **Ansicht** statt Aussicht.

„ 32 „ 12: **Der** statt Das.

„ 37 „ 22: **daß** statt das.

„ 49 „ 13: **stelle** statt stellte.

„ 49 „ 20: **Anerkenntnis** statt Auerkenntnis.

„ 51 „ 29: **Anerkenntnisse** statt Erkenntnisse.

„ 55 „ 6: **eine** statt ein.

„ 67 „ 8: **Verträgen** statt Anträgen.

Hoffmann, Verträge im Prozeßrecht. Marburg a. L. 1927.

Inhaltsverzeichnis.

Abkürzungen

AZP. = Archiv für zivilistische Praxis.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
Gruch. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
JherJ. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JurW. = Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins.
KGJ. = Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und Strafsachen.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KVJS. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Recht. = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RSp. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
SA. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
WarnRSpr. = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband.
ZZP. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begründet von Busch.
ZBlFG. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsvollstreckung.

Literaturverzeichnis

Alsberg, Weiterführung eines Prozesses nach Abschluß eines gerichtlichen Vergleichs. ZZP. 39, 413 ff. 1909.

Baumbach, Taschenausgabe der neuen Zivilprozeßordnung. 2. Aufl., Bln. 1925.

Binder, Prozeß und Recht. Lpzg. 1927.

Bley, Klagrecht und rechtliches Interesse. Lpzg. 1923.

Bülow, Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen. Gießen 1868.

—, Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung. AZP. 64, 1 ff. 1881.

—, Das Geständnisrecht. Freiburg 1899.

—, Klage und Urteil. ZZP. 31, 191 ff. 1903.

Buhe, Errichtung mehrerer vollstreckbarer Urkunden über einen Anspruch. Gruch. 58, 369 ff. 1914.

Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte. ZZP. 35, 401 ff. 1906.

Cannstein, Frh. v., Grundlagen des Kontumatialrechts. ZZP. 16, 1 ff. 1891.

Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm. Lpzg. 1877.

—, Beiträge zum Zivilprozeß. Lpzg. 1905.

Dittrich, Die sogenannten Exklusivverträge über prozessuale Rechtsverhältnisse. Heidelberger Diss. 1908.

Eckstein, Wirken prozessuale Verträge für und gegen den Zessionar des materiellen Anspruchs? Gruch. 56, 458 ff. 1912.

Engelmann, Der Deutsche Civilprozeß. Breslau 1901.

Falkmann-Mugdan, Die Zwangsvollstreckung. 2. Aufl. Bln. 1914.

Fitting, Ueber die Folgen von Mängeln des Verfahrens. ZZP. 11, 1 ff., 1887.

—, Der Reichszivilprozeß. 12./13. Aufl. Bln. 1907.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 6, Aufl., Bln. 1892.

Förster-Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. Bln. Bd. 1 1910, Bd. 2 1926.

Franke, Forderung und prozessualer Vertrag. ZZP. 44, 118 ff., 1914.

Goldschmidt, Materielles Justizrecht. Festgabe für Hübler. Bln. 1903.

—, Der Prozeß als Rechtslage. Bln. 1925.

Groh, Der Anspruch auf Rechtspflege (Justizanspruch). ZZP. 51, 145, 1926.

Grunwald, Vereinbarungen über den Gerichtsstand. DJZ. 1907, 1143.
Hahn, Die gesammelten Materialien zur Zivilprozeßordnung. Bln. 1880.
Hegler, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht. Tübingen 1903.
Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. München 1886.
Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. Bd. 1—3. Lpzg. 1903/1909.
—, Klagrecht und Klagmöglichkeit. Lpzg. 1905.
—, Anspruch und Klagrecht. Fischers Abhdlg. Bd. 5, Jena 1900.
—, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft. Festgabe für O. v. Gierke. Bd. 2, 41 ff., Bln. 1910.
—, System des deutschen Zivilprozeßrechts. Lpzg. Bd. 1, 1912 Bd. 2 (teilweise) 1912.
Hoffmann, Der Eidesbeweisbeschluß. Gruch. 27, 177 ff. 1883.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 3./4. Aufl. Bln. 1913.
Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. Freiburg 1892.
Josef, Der Vergleich im echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Gruch. 48, 557 ff. 1904.
Kayser, Rechtsmittelverzicht im Zivilprozeß. DJZ. 1912, 685.
Kleinfeller, Ueber Gaupp Zivilprozeßordnung. KVJS. 35, 531 ff. 1893.
—, Zwei Streitfragen zu § 146 KO. Recht 1912, 33 ff.
—, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. Bln. 1925.
Kohler, Ueber prozeßrechtliche Verträge und Kreationen. Gruch. 31, 276, 1887.
—, Lehrbuch des Konkursrechts. Stuttgart 1891.
—, Gesammelte Beiträge zum Civilprozeß. Berlin 1894.
—, Prozeßhandlungen mit Civilrechtswirkung. ZZP. 29, 1 ff, 1901.
—, Der sogenannte Rechtsschutzanspruch. ZZP. 33, 211 ff.
—, Zivilprozeß und Konkursrecht. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie. Bd. 3, Bln. 1913.
Kretschmar, Der Vergleich im Prozesse. Leipz. Diss. 1896.
Langheineken, Der Urteilsanspruch. Lpzg. 1899.
Lehmann, Der Prozeßvergleich. München 1911.
—, Ueber Reichel, Klagbare Ansprüche. ZZP. 44, 162. 1913.
Leonhard, Die Beweislast. 2. Aufl. Bln. 1926.
Levin, Ueber Teßmer, Das Schiedsverfahren nach deutschem Rechte. Gruch. 60, 533 ff. 1916.
Meyer, Die Zuschiebung und Zurückschiebung eines Eides an einen Dritten. Gruch. 35, 606 ff, 1891.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Amtl. Ausgabe Bln. 1888.
Neukamp, Handkommentar zur Zivilprozeßordnung. 2. Aufl. Lpzg. 1911.
Nußbaum, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse. Fischers Abhdlg. Bd. 17, 1, Jena 1908.
Oertmann, Der vorgängige Rechtsmittelverzicht. ZZP. 45, 389 ff. 1915.
—, Schiedsrichter und staatliches Recht. ZZP. 47, 105 ff. 1918.
—, Die Zwangsvollstreckung. In Hellwig, System Bd. 2, Lpzg. 1919.
Pagenstecher, Zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch des Beklagten. AZP. 97, 17 ff, 1905.
Paul, Der Vergleich im Civilprozeß. (Ein Beitrag zur Lehre von den Urteilssurrogaten.) Erg. Bd. 8/9. SächsA. Lpzg. 1898.
Petersen-Anger, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 2. Bd., Lahr 1906.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Lahr 1900.
Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozesses. 2. Bd. Nördlingen 1887.
Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagrechts. Lpzg. 1880.
Pollak, Gerichtliches Geständnis im Zivilprozeß. Bln. 1893.
Quassowski, Aufwertungsgesetz. 3. Aufl. Mannheim 1926.
Reichel, Unklagbare Ansprüche. IherI. 59, 409 ff, 1911.
Reichenheim, Die materiellen Prozeßverträge und ihre praktische Bedeutung im Scheinprozesse. Würzburger Diss. 1912.
Roquette, Vollstreckungsverträge. ZZP. 49, 161 ff, 1924.
Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß. Bln. 1908.
—, Die Beweislast. 2. Aufl. Bln. 1923.
Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts. Stuttgart 1919.
v. Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 2. Bd. 11. Aufl. München 1911.
—, Deutsches Konkursprozeßrecht. Lpzg. 1899.
Siméon-David, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Bd. 2, 12./13. Aufl. Bln. 1924.
Simon, Zur Lehre vom Prozeßvergleich. Ienaer Diss. 1911.
Sintenis, Der simulierte Prozeß. ZZP. 30, 358 ff, 1902.
Skonietzki-Gelpcke, Zivilprozeßordnung. Bd. 1, Bd. 2, (unvollendet). Bln. 1911.
Schmidt, Hermann, Der vertragsmäßige Verzicht auf Rechtsmittel. Gruch. 58, 350, 1914.

Schmidt, Richard, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Lpzg. 1906.
Schneider, Treu und Glauben im Civilprozesse und der Streit über die Prozeßleitung. München 1903.
Schoenborn, Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht. Lpzg. 1908.
Schuppe, Der Begriff des subjektiven Rechts. Breslau 1887.
Schwalbach, Ueber Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft. AZP. 64, 256, 1881.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 11. Aufl., Bln. 1921.
Stein, Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage. In Festgabe der Halle'schen Jur. Fakultät für H. Fitting. Halle 1903.
—, Grundfragen der Zwangsvollstreckung. Tübingen 1913.
Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 12. Aufl. Tübingen. Bd. 1, 1925. Bd. 2, 1926.
Stein-Junker, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts. 2. Aufl. Tübingen 1924.
Struckmann-Koch, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. Bln. 1910.
Sydow-Busch, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 18. Aufl. Bln. 1925.
Teßmer, Das Schiedsverfahren nach deutschem Rechte. Lpzg. 1915.
Triepel, Völkerrecht und Landesrecht. Lpzg. 1899.
Trutter, Ueber prozessualische Rechtsgeschäfte. München 1890.
Wach, Handbuch des deutschen Civilprozesses. Lpzg. 1885.
—, Die Abtretung rechtshängiger Ansprüche in ihrem Einfluß auf den Prozeß. Gruch. 30, 779 ff. 1886.
—, Der Rechtsschutzanspruch. ZZP. 32, 1 ff. 1903.
Walsmann, Der Irrtum im Prozeßrecht. AZP. 1902, 1 ff. 1907.
—, Der Verzicht. Lpzg. 1912.
Warneyer, Die Zivilprozeßordnung. 4. Aufl. Leipzig 1917.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Bd. Stuttgart 1903.
Wolf, Der Prozeßvergleich. AZP. 88, 153 ff. 1893.
Wurzer, Der Begriff des Prozeßvergleichs. IherJ. 62, 285 ff. 1913.
—, Die Streitfrage, ob die Nichtigkeit eines Prozeßvergleichs in demselben Verfahren oder in einem neuen Prozeß zu entscheiden ist. JurW. 1922, 1377.

§ 1.

Verträge, jene zweiseitigen Rechtsgeschäfte, bei denen sich die übereinstimmenden Willenserklärungen mindestens zweier Personen zu einem Willen, dem Vertragswillen, zusammenschließen, gibt es auf fast allen Rechtsgebieten. Man findet sie überall da, wo dem Parteiwillen ein maßgebender Einfluß im Rechtsleben erlaubt ist. Auch im Prozeßrecht trifft man sie an. Prozeßrechtliche Verträge sind solche Vereinbarungen,[1] die unmittelbar auf Regelung einer prozessualen Rechtslage gerichtet sind und diese herbeiführen. Diese bei der formellen Natur des Prozeßrechts außergewöhnliche Folge tritt nur deshalb ein, weil das Gesetz den auf Herbeiführung der bestimmten prozessualen Wirkung gerichteten Parteiwillen anerkennt.

Während heute das Gesetz den Parteien nur unter dieser Einschränkung eine Einwirkung auf den Prozeß erlaubt, erkannte man früher allgemein an, daß die Parteien ihre prozessualen Rechtsbeziehungen untereinander beliebig regeln könnten. Diese Ansicht, die auf einer rein materiellrechtlichen Auffassung des Prozesses beruht, verkannte den öffentlichrechtlichen Charakter des Prozesses völlig. Als jedoch die Prozeßrechtswissenschaft die überragende Stellung des Prozeßrechts einsah, wurde die Lehre von der Zulassung des zivilrechtlichen Eingriffs zurückgewiesen.[2] Seitdem wird das Prozeßrecht, das der Bewährung des materiellen Rechts zu dienen bestimmt ist, als selbständige Disziplin neben dem Privatrecht anerkannt.

Trotzdem die herrschende Lehre sich völlig von der privatrechtlichen Auffassung des Prozesses abgewandt hat, wird noch allgemein der Standpunkt vertreten, daß die Parteien ihre Beziehungen zum Gericht in einer vom Gesetz abweichenden Art regeln könnten. Man weist diese Abweichungen dem bürgerlichen Recht zu und hält sie, soweit sie nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen, für gültig.[3] Zur Begründung führt man an,

1) Ueber den Unterschied zwischen Vertrag und Vereinbarung vgl. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 56—58. Beim Vertrage müssen die Handlungen der Parteien verschieden sein; bei einer Vereinbarung dagegen haben die Handlungen der Teilnehmer gleichen Inhalt.

2) Bülow, AZP. 64, 67; Geständnisrecht, 37 ff.

3) Vgl. Kohler, Gruch. 31, 286, 501—2; Planck, Lehrb. I § 57, II 1, § 59 u. a.

daß die Parteien, die über ihre privaten Rechte nach Belieben verfügen dürfen, auch auf die Geltendmachung prozessualer Rechte verzichten könnten. Ob nun diese Verträge, die an sich nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit des bürgerlichen Rechts zulässig sind, auch stets Gültigkeit erlangen und prozessuale Wirksamkeit haben können, soll im folgenden untersucht werden.[4]

Prozessuale Vereinbarungen sind sowohl im Erkenntnisverfahren, wie auch im Vollstreckungsverfahren denkbar. Von den Verträgen, die das ordentliche Streitverfahren betreffen, kann ein Teil bereits vor Prozeßbeginn abgeschlossen werden. Es empfiehlt sich daher, zuerst die Vereinbarungen, die außerhalb des Prozesses getätigt werden können, einzugehen.

§ 2.

Bei der Erörterung der einzelnen Verträge prozessualen Inhalts, die außerhalb des Prozesses geschlossen werden können, wären zunächst jene Vereinbarungen zu beachten, die die prozessuale Geltendmachung eines zivilen Rechts betreffen. Es ist z. B. denkbar, daß die Parteien vereinbaren, wegen eines bestimmten Anspruchs dürfe eine Klage nicht erhoben werden. Ein solcher Vertrag würde zwar den materiellrechtlichen Anspruch nicht vernichten, würde aber trotzdem dessen prozessuale Durchsetzung verhindern können. Das materielle Recht würde dadurch zu einem sogenannten „naturalen Recht, dem Recht, welchem die gerichtliche Reaktion fehlt“[5], gemacht werden. Die Prozeßordnung spricht sich über einen derartigen Verzicht nicht aus. Die Parteien könnten aber dennoch in Ermangelung öffentlichrechtlicher Vorschriften vertragsmäßig auf die Erhebung der Klage verzichten. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit im bürgerlichen Recht wäre ein solcher Vertrag durchaus möglich. Es wird nun behauptet, in diesem Vertrage liege eine Stundung bezw. ein Erlaß des materiellen Anspruchs. Diese Annahme ist aber unbegründet, weil der Verzicht nur die prozessuale Durchsetzbarkeit des materiellen Rechts, nicht aber dieses selbst berührt.

Es entsteht nun generell die Frage, ob die Parteien über ihre öffentlichrechtlichen Befugnisse, ebenso wie über ihre Privatrechte, derart verfügen dürfen, daß diese entweder völlig vernichtet oder

4) In Betracht kommen nur solche Verträge, die eine unmittelbare prozessuale Wirkung ausüben können; nicht dagegen solche, bei denen eine prozessuale Wirkung nur in der Folge erscheint, z. B. die Veräußerung eines Grundstücks, über welches einer der in § 266 PZO. genannten Prozesse anhängig ist.

1) Kohler, Gruch. 31, 292.

durch eine Einrede des Gegners entkräftet werden können. Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, inwieweit die Parteien auf ihr Recht, vom Staate Rechtsgewährung zu verlangen, verzichten können.

Dieses Recht wird von der herrschenden Lehre der „Rechtsschutzanspruch" genannt. Wach, dem das Verdienst zukommt, die Loslösung des Prozeßrechts vom materiellen Recht angeregt zu haben, hatte es zuerst als das Bindeglied zwischen Privat- und Prozeßrechts erkannt.[2] Die Lehre vom Rechtsschutzanspruch spielt in der Prozeßrechtswissenschaft eine überaus wichtige Rolle. Sie wurde maßgebend für die rechtliche Beurteilung der Natur des Prozesses, wie auch für den Aufbau des Prozeßsystems. Während Wach[3] den Rechtsschutzanspruch als eine dreiseitige Rechtsbezeichnung zwischen Kläger, Gericht und Beklagten betrachtet, stellt er nach Hellwigs[4] und Steins[5] Ansicht nur ein Verhältnis zwischen Partei und Gericht dar. Er begründet „ein prozessuales Recht gegen den Staat darauf, daß er durch seine dazu berufenen Organe auf gehöriges Verlangen seine Entscheidungs- oder Zwangsgewalt zu Gunsten des Rechtsschutzberechtigten gegen den Gegner entfalte, um dieses Rechtsschutzbedürfnis des Antragsberechtigten zu befriedigen."[6] Hellwig nennt dieses Recht, das rein publizistischer Natur sein soll, das „Klagrecht".

Nach Ansicht der herrschenden Lehre[7] schließt dieses Klagrecht, das nicht mit dem zivilrechtlichen Anspruch zu verwechseln ist, ein publizistisches Recht gegen den Staat auf günstiges Urteil in sich. Dieses Recht soll jedem materiellen Anspruch innewohnen. Es muß deshalb schon vor dem Prozeß bestehen.

Gegen diese Auffassung ist nun einzuwenden, daß der Rechtsschutzanspruch erst in dem Augenblick entsteht, in dem der Prozeß zu einer dem Kläger günstigen Entscheidung reif geworden ist. Dies ist erst nach der letzten mündlichen Verhandlung der Fall. Vorher kann nur ein Recht des Klägers darauf bestehen, den Rechtsschutzanspruch durch geeignete Prozeßhandlungen hervorzubringen. Dieses prozessuale Gestaltungsrecht, das die Erzeugung des Rechtsschutzanspruchs zum Ziele hat, muß vom Kläger ausgeübt werden. Tut er dies nicht, nimmt er z. B. die erforder-

2) Handbuch I, 19 ff; ZZP. 32, 1.
3) Handbuch § 4.
4) System I, § 138; Lehrb. I; § 22 III, 4.
5) Voraussetzungen des Rechtsschutzes, 3 ff.
6) Klagrecht und Klagmöglichkeit, 12.
7) Wach, ZZP. 32, 3 ff; Handb. I, 19 ff; Langheineken, Urteilsanspruch, 8 ff; Hellwig Anspruch, 145; Lehrb. I, 146; II, 9 ff; v. Seuffert, 1 zu § 253, Stein-Jonas III, vor § 253 u. a.

lichen Prozeßhandlungen nicht vor, stellt er nicht die erforderlichen Behauptungen auf und tritt er nicht die nötigen Beweise an, so würde der Rechtsschutzanspruch trotz Bestehens des Klagrechts nicht zur Entstehung gelangen.

Den Anhängern dieser konkreten Klagrechtstheorie wurde entgegengehalten,[8] daß die Abweisung der Klage auf Grund des dem Beklagten zustehenden Rechtsschutzanspruchs geschehen müsse. Hellwig[9] hat auch wirklich einen solchen Klageabweisungsanspruch angenommen.[10] Diese Lehre ist aber unhaltbar, denn der Rechtsschutzanspruch des Klägers müßte erst den des Beklagten auslösen. Auch der Umstand, daß eine unbegründete Klage selbst ohne einen Klageabweisungsantrag — Rechtsschutzantrag — des Beklagten gemäß § 331 ZPO. abgewiesen werden muß, spricht dagegen.

Da die Frage, ob der Kläger mit Recht klagt, erst am Schlusse des Prozesses zur Entscheidung gelangt, ist die Klageerhebung vom Bestehen des Klagerechts im Sinne Hellwigs unabhängig. Dabei ist nun fraglich, ob die Klageerhebung die Ausübung einer bloßen Möglichkeit ist, oder ob doch ein Recht, die Klage zu erheben, vorliegt.

Nach Ansicht Kohlers[11] ist die Klageerhebung die Benutzung einer bloßen Möglichkeit. Er will in ihr nur eine aus dem umfassenden Persönlichkeitsrechte fließende Befugnis sehen. Dieses ist jedoch nicht richtig. Prozessuale Befugnisse sind schon wegen ihres öffentlichrechtlichen Charakters etwas mehr als bloße Möglichkeiten. Diese Befugnisse berechtigen den Privaten vom Staate eine Tätigkeit zu verlangen. Man wird deshalb auch in ihnen selbst Rechte zu erblicken haben. Spricht man in diesem Zusammenhang von Rechten, so meint man damit subjektive Rechte. Ein Recht in diesem Sinne ist aber nicht bloß das Unverbotene, das Erlaubte, sondern die Macht, einen Gesetzesbefehl wirksam werden zu lassen.[12] Es ist ein wirkliches Recht, nicht bloß der Reflex eines objektiven Rechts. Sind die Parteien in der Lage, durch die Klageerhebung einen Gesetzesbefehl gegen den Staat ergehen zu lassen — der Staat ist kraft Gesetzes verpflichtet, auf die Klage einzugehen —, so muß man in der Ausübung dieser Befugnis die Geltendmachung eines Rechts, nicht nur die Benutzung einer Möglichkeit, erblicken. Die Klageerhebung muß deshalb die

8) Von Kohler, ZZP. 33, 217; Bülow, ZZP. 31, 260.
9) System I, § 110, II, 1.
10) A. M. Nußbaum, Prozeßhandlungen, 147; Pagenstecher, AZP. 97, 17 ff.
11) ZZP. 33, 221—22. Ebenso Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, 26; Stein-Jonas, III vor § 253.
12) Vgl. Jellinek, System, 47 ff.

Ausübung eines Rechts in sich schließen. Dieses prozessuale Recht steht jedem Privaten ohne Rücksicht auf den materiellen Anspruch zu.[13] Eine formell ordnungsmäßig erhobene Klage begründet ein gültiges Prozeßverhältnis selbst dann, wenn freierfundene Ansprüche geltend gemacht werden. Wer sich an das Gericht wendet, tut dies in Ausübung eines ihm gegen den Staat zustehenden Rechts auf Rechtsschutz. Dieses Recht nennt man das „abstrakte Klagrecht".

Das abstrakte Recht enthält kein Recht auf ein Urteil.[14] Die Annahme, daß der grundlos prozessierende Kläger ein Recht auf Klageabweisung und der sich zu Unrecht verteidigende Beklagte ein Recht auf Verurteilung habe, ist sinnlos.[15] Das Klagrecht in diesem Sinne ist vielmehr nur das Recht, einen Prozeß zur Entstehung zu bringen. Es ist ein subjektiv öffentliches Recht, das jedem Staatsbürger (und auch dem Ausländer nach allgemeinem Völkerrecht oder zwischenstaatlichen Verträgen) zusteht. Die prozessuale Klage ist somit ein an die Staatsbehörde gerichtetes Gesuch um Gewährung von Rechtsschutz.

Anhänger dieser Lehre sind Plósz[16] und Degenkolb[17]. Der letztere schränkt das abstrakte vorprozessuale Klagrecht dahin ein, daß es nur dem „ehrlichen" Kläger zustehen solle.[18]

Goldschmidt erkennt ein Klagrecht als solches nicht an. Nach seiner Ansicht wohnt die Klagbarkeit dem materiellen Recht selbst inne. Er hält das Tätigwerden der Gerichte für eine bloße „Reflexwirkung" der Klageerhebung[19]. M. E. verneint er ein solches Recht aber nur, damit es keinen Grund dafür gäbe, den Prozeß als ein Rechtsverhältnis ansehen zu müssen. Dieser erzeugt seiner Ansicht nach nur eine bloße Rechtslage und gehört dem Staatsrecht an.

Die Theorie des abstrakten Klagerechts ist noch verschiedentlich umgestaltet worden. Sauer nennt sein Klagrecht „Verfolgungsrecht".[20] Es bezieht sich auf die Begründetheit der Klage und ist

---

13) Auch Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, 252, der die Lehre vom Rechtsschutzanspruch überhaupt bekämpft, erkennt das Bestehen eines Rechts in diesem Sinne an. Er bezeichnet es als die eine „Seite" der Rechtslage, d. h. des Prozesses.

14) Dies wird zwar gewöhnlich angenommen. Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang, 4; Weismann, Lehrb. I, 67; Kleinfeller, Lehrb. § 13 V a. E.

15) Hierauf hat Förster-Kann, 1 a. E. vor § 253 mit Recht hingewiesen.

16) Beiträge zur Theorie des Klagrechts, 11, 13.

17) Einlassungszwang u. Urteilsnorm, 1 ff, 26 ff, 32; Beiträge 46.

18) Weitere Anhänger sind: Förster-Kann, 1 vor § 253; Baumbach, 3 vor § 253.

19) Prozeß als Rechtslage, 78.

20) Grundlagen des Prozeßrechts, 524 ff.

im Ergebnis nichts anderes als der auf Wahrscheinlichkeit abgestellte Anspruch auf Rechtsschutz.

Nahe kommt der hier vertretenen Ansicht das Klagrecht Bleys.[21] Diese ist ebenfalls vorprozessual und stellt einen Anspruch auf Sachurteil dar.[22]

Neuerdings hat Groh das Bestehen eines außerprozessualen „Anspruchs auf Rechtspflege" behauptet.[23] Dieser auf Rechtsgewährung gerichtete Anspruch ist ein subjektiv öffentliches Recht, nicht nur ein reflektiertes objektives Recht. Er soll jedem Rechtsuchenden zustehen. Diese Lehre vermeidet, wie Groh selbst bemerkt,[24] eine Stellungnahme zu der Frage, ob das Klagrecht konkreter oder abstrakter Natur sei. Ihr ist aber entgegenzuhalten, daß sie sich zur Erklärung des Wesens der öffentlichrechtlichen Verpflichtung des Staates, Rechtsschutz zu gewähren, eines „Anspruchs" bedient. Dieser Anspruch, der dem materiell Berechtigten zusteht, ist ein materielles Recht. Ein solches Recht hat aber, wie schon Goldschmidt hervorhob,[25] im Prozeßsystem nichts zu suchen.

Dieser Vorwurf ist überhaupt allen Anhängern der Lehre vom Rechtsschutzanspruch zu machen. Sie suchen ein öffentlichrechtliches Verhältnis durch Zuhilfenahme materiellrechtlicher Grundsätze zu erklären. Damit dienen sie aber dem ihrer Lehre innewohnenden Grundgedanken, der Loslösung des Prozeßrechts aus den Banden des Zivilrechts, sehr wenig. In der publizistischen Betrachtungsweise des Prozeßrechts ziehen sie nicht die letzte Konsequenz, die eben diesen „Anspruch" aus dem Prozeßsystem ausmerzen muß.

Die Anhänger der Lehre vom Rechtsschutzanspruch sind zum Gebrauch dieses Ausdrucks nur deshalb gelangt, weil man auch jedes subjektiv öffentliche Recht als einen Anspruch des Berechtigten gegen den Staat bezeichnet hat. Ein subjektiv öffentliches Recht ist aber kein Anspruch, kein Recht des Verlangens, das auf eine Leistung des Staats gerichtet ist. Jellinek[26] erkannte, daß dieses Recht nicht auf erlaubenden, sondern ausschließlich auf machtverleihenden Rechtssätzen beruht. Es enthält daher nicht Sätze des rechtlichen „Dürfens", sondern gerade Sätze des recht-

---

21) Klagrecht und rechtliches Interesse, 30, 85 ff.

22) a. a. O. 34. Er spricht jedoch dem vorprozessualen Klagrecht die Eigenschaft eines subjektiv öffentlichen Rechts ab und hält es für ein Reflexrecht des materiellen Rechts.

23) ZZP. 51, 145 ff.

24) a. a. O. 147.

25) Prozeß als Rechtslage, 150.

26) System, 52.

lichen „Könnens".[27] Trotz dieser Erkenntnis bezeichnet Jellinek das subjektiv öffentliche Recht als einen „Anspruch". Wenn er ihm auch einen publizistischen Charakter verleiht, so überträgt er doch den zivilistischen Anspruchsbegriff in unzulässiger Weise auf das öffentliche Recht. Der Rechtsschutzanspruch besteht nach seiner Ansicht in der dem Einzelnen „rechtlich gewährten Fähigkeit, Normen des öffentlichen Rechts im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen."[28] Er geht also von der Persönlichkeit selbst aus und ist nicht bloß Ausfluß eines privatrechtlichen Anspruchs. Dies kommt aber m. E. der richtigen Ansicht schon näher, denn ein subjektiv öffentliches Recht, das ein „Können" enthält, kann kein aus dem rechtlichen „Dürfen" fließender Anspruch sein.

Die Fähigkeit des Privaten, vom Staate Rechtsschutz zu verlangen, muß man daher nicht als einen Anspruch, sondern als ein Recht bezeichnen.

Dieses Recht selbst besitzt einen eigenartigen Charakter, es nimmt allen anderen Rechten gegenüber eine Sonderstellung ein. Seine überaus große Bedeutung liegt darin, daß es dem Staat die Pflicht auferlegt, jedem seiner Macht Unterworfenen Rechtsschutz zu gewähren. Es gibt dem Privaten die Möglichkeit, jedes private Recht mit obrigkeitlichem Zwang durchzusetzen. Diese Macht erlangt es durch die ihm vom Staate verliehenen Rechtsgarantien.[29] Das Rechtsschutzrecht schwebt gewissermaßen über jedem anderen Rechte. Es ist deshalb die höchstmöglichste Rechtsgarantie des Staates.

Diese überragende Stellung des Rechtsschutzes veranlaßte Binder zu seiner Theorie der Priorität des Rechtsschutzes vor dem subjektiven Rechte.[30] Er bezeichnet den Rechtsschutz als das Bedingende, das Recht als das Bedingte. Der Untertan hat kein Recht gegen den Staat auf Rechtsschutz, sondern er hat den Rechtsschutz. In dieser Tatsächlichkeit des Geschütztseins ist sein Recht gegen den Prozeßgegner gerichtet.[31] Zu dieser anfechtbaren Auffassung kommt Binder m. E. nur, weil er das Gesetz ausschließlich als Entscheidungsnorm, nicht aber auch als Imperativ anerkennt.

---

27) a. a. O. 46—47.
28) a. a. O. 127.
29) Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Rechtsgarantie auf einem Selbstzwange des Staates (Binder, Prozeß und Recht, 367, 372) beruht, oder ob sie durch die Macht der sittlichen und sozialen Anschauung und das Pflichtbewußtsein der Beamtenschaft gewährleistet wird. (Jellinek, System 319 ff.)
30) Prozeß und Recht, 333.
31) a. a. O. 391.

Das Recht auf Rechtsschutz nennt Goldschmidt „materielles Justizrecht".[32] Diese Rechtskategorie soll „den Inbegriff der dem Rechtsschutzanspruch gegen den Staat betreffenden Rechtssätze", also das gesamte Privatrecht, enthalten. Das materielle Justizrecht soll eine Seite des Privatrechts, sein Spiegelbild für den Richter, darstellen. Die beiden Seiten des Privatrechts sieht Goldschmidt darin, daß das Privatrecht nicht bloß normative Rechtssätze enthält, sondern durch diese Sätze auch selbst gebietet und verbietet. Dies ist zwar richtig, jedoch ist m. E. die an sich viel zu gezwungene Konstruktion des publizistischen Privatrechts gar nicht notwendig. Das Recht auf Rechtsschutz ergibt sich viel einfacher und folgerichtiger aus der Theorie des abstrakten Klagrechts. Sodann ist das materielle Justizrecht stets vom Bestande des materiellen Rechts abhängig. Es könnte bei dessen Nichtbestehen nicht das Tätigwerden der Gerichte erklären.

Die hier vertretene Auffassung des Rechtsschutzes steht mit der Theorie des abstrakten Klagrechts völlig im Einklang. Der jedem Privaten ohne Rücksicht auf einen konkreten Anspruch zustehende Rechtsschutz ist ein subjektiv öffentliches Recht.

Um die eingangs gestellte Frage nach der Wirksamkeit einer die Klagbarkeit eines Anspruchs ausschließenden Vereinbarung beurteilen zu können, ist nunmehr zu untersuchen, inwieweit auf dem Gebiete des Prozeßrechts subjektiv öffentliche Rechte verzichtbar sind.

Die Zulässigkeit eines solchen Verzichts ist nicht unbestritten. Reichel tritt für Verzichtbarkeit ein, indem er behauptet, daß diese Eigenschaft gerade als Hauptkennzeichen jedes subjektiven Rechts anzusprechen sei.[33] Dies mag zwar für subjektive Rechte des Privatrechts zutreffen, nicht aber für die des Prozeßrechts. Das Recht, prozessuale Handlungen vorzunehmen, z. B. Klage zu erheben, steht mit privaten Rechten nicht auf gleicher Stufe. Deshalb ist der im Privatrecht geltende Grundsatz, daß jede Person auf das ihr zustehende Recht verzichten kann, nicht ohne weiteres auf das Prozeßrecht zu übertragen. Da das Klagrecht kein Teil des Anspruchs ist, kann aus der Zulässigkeit des Anspruchverzichts nicht die des Verzichts auf das Klagrecht gefolgert werden.[34] Die Uebertragung privatrechtlicher Vorschriften, insbesondere die des Ver-

---

32) Materielles Justizrecht, 6, 99; Prozeß als Rechtslage, 228 ff., 254.

33) Reichel, JherJ. 59, 449—50. Ferner auch Schuppe, Subjektives Recht, 140 ff Unentschieden Walsmann, Der Verzicht, 66 ff.

34) Diese Folgerung zieht Reichel a. a. O., 446. Gegen ihn mit Lehmann. JJP. 44. 165.

zichts auf prozessuale Rechte, ist ein sehr verfängliches Unternehmen, das mit den Vorschriften der Zivilprozeßordnung und dem Grundgedanken des Prozeßrechts im Widerspruch steht. Bülow hält daher den Verzicht auf prozessuale Handlungsbefugnisse für ungültig.[35] Auch Goldschmidt setzt sich für Ungültigkeit eines vertraglichen im Voraus vorgenommenen Verzichts ein.[36]

Die grundsätzliche Unzulässigkeit des Verzichts auf subjektiv öffentlichen Rechte folgt m. E. schon daraus, daß die Zivilprozeßordnung die Fälle, in denen ein Verzicht zulässig ist, ausdrücklich aufgeführt hat.[37] Hätte der Gesetzgeber Verzichte auf prozessuale Rechte unbeschränkt zulassen wollen, so wäre eine ausdrückliche Benennung überflüssig gewesen.

Das subjektive öffentliche Recht enthält keine Betätigungsmöglichkeit gegenüber den anderen Einzelindividuen als solchen. Es richtet sich lediglich gegen den Staat als Träger der Macht. Um wirksam zu werden, setzt es eine Pflicht des Staates voraus. Diese publizistische Verpflichtung des Staates macht gerade das Wesen des subjektiv öffentlichen Rechts aus. Ein Verzicht des Einzelnen auf ein solches Recht würde auch die Pflicht des Staates zum Erlöschen bringen. Eine solche Folge ist aber unmöglich, denn der Private kann den Staat nicht von seiner Pflicht befreien, es sei denn, daß er durch besondere Rechtssätze dazu befugt wäre. Das subjektive Recht des Einzelnen und die publizistische Pflicht des Staates sind Bestandteile des subjektiv öffentlichen Rechts. Es kann deshalb nicht eingewandt werden, daß sich der Einzelne durch den Verzicht nur seines Rechts begebe und daß das Erlöschen der staatlichen Pflicht nur eine Rechtsfolge sei.

Das subjektiv öffentliche Recht ist ein rechtliches „Können". Liegt nun zwar in diesem „Können" ein „Nichtbrauchen", so ist letzteres nur dahin denkbar, daß der „Könnende" unter Umständen von seiner Fähigkeit Gebrauch machen kann oder nicht.[38] Eine Beseitigung eines solchen Rechts wäre aber eine Erweiterung des rechtlichen Könnens,[39] die der Private nicht eigenmächtig vornehmen kann. Ein rechtliches Dürfen kann zwar durch privaten Willen ausgeschlossen werden. Unmöglich ist es aber, ein rechtlich zuge-

---

35) Geständnisrecht, 39—40.
36) Prozeß als Rechtslage, 311—12.
37) §§ 295, 346, 391, 399, 436, 514, 566, 843 ZPO.
38) Dies ist das Kennzeichen des subjektiv öffentlichen Rechts. Es liegt nicht in der Verzichtbarkeit, sondern in der Geltendmachung des Rechts.
39) Jellinek, System, 54, führt zutreffend aus, daß „die Möglichkeit des Statutsverzichts selbst den Kreis des rechtlichen Könnens der Partei erweitert". Vgl. auch System 324.

standenes Können dem publizistisch Verpflichteten gegenüber zu beseitigen. Daraus ergibt sich nun als Folgerung, daß subjektiv öffentliche Rechte nur dort verzichtbar sind, wo die Rechtsordnung einen Verzicht ausdrücklich zuläßt.[40]

Wenn nun auch die subjektiv öffentlichen Rechte dem Einzelnen im eigenen Interesse gegeben werden, so ist doch am Bestande dieser Rechte ebenfalls der Staat interessiert. Der Staat hat die Pflicht, die Lebensbedingungen seiner Bürger bestmöglichst zu gestalten. Er hat daher auch dafür zu sorgen, daß jeder Staatsbürger zu seinem Recht gelangt: Dies würde aber nicht der Fall sein, wenn der Gebrauch subjektiv öffentlicher Rechte beschränkt ist. Schon wegen dieses Gemeininteresses ist die Verzichtbarkeit subjektiv öffentlicher Rechte abzulehnen.[41]

Können die Parteien somit auf subjektiv öffentliche Rechte rechtswirksam nicht verzichten, so ist auch eine vertragliche Beschränkung oder Ausschließung prozessualer Rechte unwirksam. Die Richtigkeit dieses Schlusses folgt schon aus dem allgemein anerkannten Grundsatz, daß Konventionalprozesse verboten sind.[42] An die Stelle des gesetzlichen, ordentlichen Verfahrens würde aber ein gewillkürtes treten, erlaubte man es den Parteien, ihre prozessualen Befugnisse im Voraus zu beschränken. Zwar läßt die Prozeßordnung in gewissen Fällen Verzichte auf prozessuale Rechte zu; diese Rechte betreffen jedoch stets gegenwärtige Befugnisse.[43] Sie sind zudem auch rein prozessualer Natur und können nicht mit vertraglichen Verzichten gleichgestellt werden. Letzere betreffen regelmäßig ein erst in Zukunft entstehendes prozessuales Recht. Die beiden Verzichte sind zu verschieden, um aus der Zulässigkeit des einen auch die des andern folgern zu können. Schon Hellwig[44] hat darauf hingewiesen, daß auch da, wo das Gesetz den Parteien gestatte, auf konkrete, gegenwärtige Befugnisse durch Erklärung an das Gericht zu verzichten,das Versprechen, dies küftig tun zu wollen, nichtig sei. Das Reichsgericht nimmt in RG. 102, 221 einen gegenteiligen Standpunkt ein. Gegen die Hellwig'sche Ansicht führt es an, daß dieselbe sich aus der geltenden Prozeßordnung nicht her-

---

40) Schoenborn, Studien, 71, 89.

41) Für Unverzichtbarkeit treten weiterhin ein: Trutter, Prozessuale Rechtsgeschäfte. 399; Bülow, Geständnisrecht, 39; Hellwig, Lehrb. I, § 26 I 1, Anspruch 160; Prozeßhandlung 46—48 (Note 30); System I § 140 IV; § 151, I , 6.

42) Goldschmidt, Prozeß der Rechtslage, 311; Hellwig, System I, § 151 I, § 173 IV b, Kleinfeller, Lehrb., 184; Petersen-Anger, 3 vor § 128; Skonietzki-Gelpcke, 313; Stein-Jonas, IV 1 a vor § 128; Struckmann-Koch, 2 vor § 128; Wach, Handb., 188.

43) Vgl. Note 37, Seite 9.

44) System I, § 151, I; Anspruch und Klagrecht, 162.

leiten ließe. Eine nähere Begründung aber, warum dies nicht der Fall sei, bleibt das Reichsgericht schuldig. Es führt lediglich aus, daß der Hellwig'sche Satz mit der sonstigen Rechtsprechung des Reichsgerichts bezüglich des vor Erlaß des Urteils vereinbarten Verzichts auf Rechtsmittel im Widerspruch stände. Zu dieser Ansicht des Reichsgerichts wird weiter unten (§ 5) Stellung genommen werden. Die Ausführungen des Reichsgerichts, daß die Gültigkeit eines solchen Vertrages[45] sich vielmehr nach dem geltenden bürgerlichen Recht bestimme und daß das Bürgerliche Gesetzbuch kein Verbot eines solchen Vertrages enthalte, sind m. E. bedeutungslos, weil das Reichsgericht selbst dem Vertrage keine prozessuale Wirkung beimißt.[46] Der Satz ist m. E. sogar unrichtig, nicht etwa, weil zivilistische Rechtsgeschäfte über prozessuale Befugnisse „ein widersinniger Begriff"[47] seien,[48] sondern, weil es auf die bürgerlichrechtliche Zulassung des Vertrages überhaupt nicht ankommt. Das Prozeßrecht hat seine eigenen Normen. Es regelt seine Verhältnisse nach eigenen Gesichtspunkten, nicht nach denen anderer Rechte. Diejenigen, welche eine Beeinflussung des Prozesses durch zivilistische Vorschriften bejahen, verkennen immer noch den öffentlichrechtlichen Charakter des Prozeßrechts. Was zivilistisch zulässig ist, muß deshalb nicht auch prozessual zulässig sein. Auf einer unzulässigen Uebertragung zivilistischer Gesichtspunkte beruht auch jene Auffassung, die im Prozeßrecht alles für erlaubt hält, was die Prozeßordnung nicht verbietet.[49] Die Darstellung wird zeigen, daß im Gegenteil im Prozeßrecht nur das erlaubt ist, was die Zivilprozeßordnung entweder ausdrücklich, oder doch aus dem Sinn ihrer Vorschriften heraus gestattet.

Ist eine vertragliche Beschränkung prozessualer Rechte unzulässig, so ist auch der Verzicht auf das Klagrecht unwirksam, nichtig.

Der Verzicht kann auch nicht als ein zivilrechtlicher Erlaß des Anspruchs aufgefaßt werden. Zu einer solchen Umdeutung ist deshalb kein Raum, weil der Verzicht auf die Klagbarkeit nur das abstrakte Klagrecht betrifft. Hätten die Parteien den materiellen Anspruch erlassen wollen, so hätte es eines ausdrücklichen Erlaßvertrages bedurft. Jedenfalls ist stets zu prüfen, ob der Verzicht

---

45) Zwar bezieht sich das Reichsgericht hier nur auf den Rechtsmittelverzicht. Es nimmt aber sinngemäß den gleichen Standpunkt auch bei den hier in Frage stehenden Vereinbarungen ein.

46) RG. 102, 221 oben.

47) So Hellwig, System I, 451 Anm. 11.

48) Hiermit sucht das Reichsgericht die Hellwig'sche Ansicht zu widerlegen.

49) Gegen diese Auffassung wenden sich auch Pollack, Geständnis 48, und Bunsen, ZZP. 35, 407.

nach dem Willen der Parteien das einzuklagende Recht oder nur die gerichtliche Geltendmachung desselben betreffen sollte.

Einem obligatorischen Vertrage, der die Unterlassung der Ausübung des Klagrechts zum Inhalt hat, muß jedenfalls jegliche Wirksamkeit versagt werden. Den Parteien ist es zwar unbenommen, eine solche Vereinbarung zu halten, wird aber die Klage erhoben, so kann der Beklagte sich nicht auf die vertragliche Ausschließung der Klagbarkeit berufen. Die Vereinbarung ist prozessual völlig unbeachtlich.

Aber auch zivilrechtlich kann der Unterlassungsvertrag keinerlei Wirkung hervorbringen. Die Verletzung des Vertrages würde eine zivilrechtliche Schadensersatzklage nicht rechtfertigen. Ist das Klagrecht durch Urteil als berechtigt anerkannt, so kann mit einer Gegenklage nicht Rechtsschutz deshalb verlangt werden, weil der Gegner sein begründetes Klagrecht geltend gemacht hat. Die Beschränkung des publizistischen Klagrechts durch private Abmachungen derart, daß seine Ausübung zivilrechtlich unerlaubt wäre, ist überhaupt ausgeschlossen.

Eine Klage auf Unterlassung des Klagrechts ist ebenfalls unzulässig. Ein dem Staat gegenüber berechtigtes Rechtsschutzbegehren kann nicht aus privatrechtlichen Gründen zurückgewiesen werden. Dementsprechend muß auch eine Klage auf Feststellung der Unklagbarkeit oder eine Zwischenfeststellungsklage (§ 280 ZPO.) abgewiesen werden.

Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Gebrauch des publizistischen Klagrechts ist daher ebenfalls bedeutungslos. Die Vertragsstrafe könnte niemals mit einer Widerklage geltend gemacht werden, denn das Klagrecht verdrängt stets das aus dem seiner Klagbarkeit entkleideten obligatorischen Vertrage entstehende Gegenrecht. Eine auf Zahlung der Konventionalstrafe gerichtete Klage wird durch den Einwand der Ungesetzlichkeit entkräftet.

Die prozessual unbeachtliche Vereinbarung, die den Kläger verpflichtet, während einer bestimmten Zeit nicht zu klagen, kann nur dann zivilrechtliche Rechtsfolgen auslösen, wenn festgestellt wird, daß der Kläger durch die Zusage seine Forderung stunden wollte. Dagegen hat der Vertrag, der die Erhebung der Klage nach einer bestimmten Frist ausschließt, keinerlei privatrechtliche Wirksamkeit, sofern nicht darin eine Abkürzung der ordnungsmäßigen Verjährungsfrist im einzelnen Falle gesehen werden kann. Letztere Vereinbarung würde auch nur den materiellen Anspruch entkräften.

Die Realisierbarkeit eines Anspruchs betrifft auch die Vereinbarung der Klagrücknahme. Ein solcher Vertrag verpflichtet den Kläger, auf die Entscheidung eines anhängigen Prozesses zu verzichten. Durch ihn soll nur das Klagrecht, nicht der Anspruch selbst beseitigt werden. Er enthält somit auch einen Verzicht auf das Rechtsschutzrecht. Die Prozeßordnung läßt zwar unter den Voraussetzungen des § 271 ZPO. eine durch Erklärung gegenüber dem Gericht erfolgte Klagerücknahme zu. Diese Zurücknahme ist aber als prozessuale Willenserklärung eine Prozeßhandlung. Sie kann mit der materiellrechtlichen Vereinbarung der Klagrücknahme nicht gleichgestellt werden. Trotzdem wird von einer Anzahl von Schriftstellern und Entscheidungen angenommen, daß die Vereinbarung den Beklagten berechtige, einen Einwand gegen die Fortsetzung des Prozesses zu erheben. Auf Grund dieser Einwendung sei die Klage abzuweisen.[50] Aus dem Vertrage, in dem die Zurücknahme der Klage versprochen wird, darf aber ein solcher Einwand nicht entnommen werden. Der Vertrag ist für das Gericht unbeachtlich, wenn der Kläger die Zurücknahme der Klage nicht erklärt. Kein Rechtssatz ermächtigt das Gericht, die Erklärung als erfolgt anzusehen. Die Vereinbarung soll die prozessuale Erklärung gerade erst herbeiführen. Eine prozessuale Wirkung kann sie nicht ausüben. Hellwig[51] hält daher den Vertrag für völlig nichtig. v. Seufert[52] und Förster-Kann[53] versagen ihm ebenfalls einen Einwand gegen die Fortsetzung des Prozesses, lassen aber eine Klage auf Erfüllung des Vertrages zu. Die Erfüllung müsse durch eine Zwangsvollstreckung gemäß § 888 ZPO. erzwungen werden. Eine solche Erzwingung wäre aber sinnlos, da die Klage jederzeit wieder erhoben werden kann.

Entgegen der Ansicht Hellwigs ist das Reichsgericht in RG. 102, 218 ff der Meinung, daß der Vertrag den Prozeß direkt beeinflussen könne. Es will dem Vertrage eine „schuldrechtliche Wirkung" beilegen. Diese führt auf den Einwand des Beklagten hin zu einer „Abweisung angebrachtermaßen", wie bei mangelhaft erhobener Klage, also zur Prozeßabweisung. Diese Ansicht ist widerspruchsvoll und bringt Prozeß- und Zivilrecht durcheinander. Wenn der Vertrag zur Prozeßabweisung führt, so hat er „prozeßrecht-

---

50) Dies nehmen an: Skonietzki-Gelpcke, 7, c zu § 271; Petersen-Anger, 1 zu § 271; Planck, Lehrb. I, § 59 u. § 57 II 1; OLG. Frankf. a. M. Rsp. 1, 423; OLG. Oldenburg SA. 44 Nr. 90.

51) System I, § 151, 6; § 137 III 3; Lehrb. I, § 27 Note 7; Anspruch u. Klagrecht 162.

52) 7 zu § 271.

53) 4 a zu § 271.

liche“ und nicht „schuldrechtliche“ Wirkungen. Es ist zudem kein Bedürfnis vorhanden, der Vereinbarung nur schuldrechtliche Wirkung beizumessen, denn die Klage kann ja alsbald von neuem angestrengt werden. Das Reichsgericht behauptet zwar ein solches Bedürfnis, denn der Beklagte könne ein Interesse daran haben, daß der anhängige Rechtsstreit zunächst einmal gehemmt würde, um Zeit zu gewinnen. Es glaubt aber seine Stellungnahme doch darauf stützen zu müssen, daß der Vertrag einer Stundung oder gar dem Verzicht auf den Klaganspruch gleichkomme.[54] Wenn das Reichsgericht dem Vertrage eine solche Bedeutung beimißt, so schlägt es sich selbst, denn dann ist die Vereinbarung keine prozeßrechtliche mehr. Sie hätte alsdann rein zivilrechtlichen Charakter. Erlaß oder Stundung berühren den Anspruch materiell. Eine hierauf gestützte Klageabweisung würde aus materiellen, nicht aus formellen Gründen erfolgen.[55] Das Versprechen der Klagerücknahme als solches ist und bleibt aber unwirksam.[56] Die Beschränkung des Rechtsschutzes ist also auch hier ausgeschlossen.

§ 3.

Im vorstehenden ist die grundsätzliche Unwirksamkeit des materiellen Verzichts auf das Rechtsschutzrecht, bei dem der materielle Anspruch selbst unberührt bleiben soll, gezeigt worden. Es fragt sich nun, ob die hier vertretene Ansicht nicht durch die gesetzliche Zulassung des Ausschlusses der staatlichen Gerichtsbarkeit beim Schiedsvertrage erschüttert wird.

Es wird behauptet, der Schiedsvertrag enthalte einen Verzicht auf das Klagrecht und gehöre deshalb dem materiellen Recht an.[1] Da er den Anspruch auf richterlichen Urteilsschutz ausschlösse, habe er das Recht auf Rechtsschutz beseitigt. Ob jedoch diese aus der materiellrechtlichen Auffassung des Schiedsvertrages gezogene Folgerung richtig ist, bedarf einiger Erörterung.

Betrachtet man zunächst den im Schiedsvertrage angeblich enthaltenen Verzicht auf das Klagrecht, so zeigt sich, daß dieser nicht die Merkmale eines materiellrechtlichen Verzichtes aufweist. Wäre er ein solcher, so müßte das Rechtsschutzrecht gegen den Staat

54) a. a. O. 222.

55) Ob in dem Versprechen, die Klage zurückzunehmen, eine Stundung oder ein Erlaß des Anspruchs liegt, ist von Fall zu Fall zu untersuchen. Eine allgemeine Regel läßt sich nicht aufstellen. Auch Hellwig, System I, § 137 III 3 läßt eine hierauf gestützte Klageabweisung zu.

56) Vgl. Baumbach, 1 zu § 271; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, Note 1616.

1) So Wach, Handb. I, 67; Rosenberg, Stellvertretung, 100 und die in Note 9—12, Seite 16 Genannten.

erlöschen. Die Prozeßordnung zeigt aber im Gegenteil, daß es nicht untergeht. Aus der Bestimmung des § 274 Ziff. 3 ZPO. folgt, daß das Klagrecht nach wie vor besteht. Es entsteht nur die Einrede, „daß die Entscheidung des Rechtsstreits durch Schiedsrichter zu erfolgen habe.“ Wird diese Einrede nicht geltend gemacht, so ist der Richter selbst bei Kenntnis des Schiedsvertrages verpflichtet, auf die Sache einzugehen. Er müßte z. B. sogar ein Versäumnisurteil erlassen. Da eine Entäußerung, ein Verzicht im technischen Sinne nicht vorliegt, wird das Rechtsschutzrecht nicht zum Erlöschen gebracht. Der Schiedsvertrag gewährt den Parteien lediglich die Möglichkeit, die Geltendmachung dieses publizistischen Rechts mit prozessualer Wirksamkeit zu hemmen, nicht aber das Recht selbst zu beseitigen.

Das materielle Recht wird durch den Schiedsvertrag nicht beeinträchtigt. Trotz des Abschlusses des Vertrages bleiben die Ansprüche selbst unberührt, nur geht ihre Durchführung in einer anderen Weise als gewöhnlich vor sich.

Gegenstand des Schiedsvertrages können nur bürgerlichrechtliche Streitigkeiten sein.[2] Diese sind aber nur insoweit schiedbar, als die Parteien über den Streitgegenstand einen Vergleich schließen können. Der Schiedsvertrag kann daher im allgemeinen nur über vermögensrechtliche Streitigkeiten abgeschlossen werden. Eine bestimmte Form des Vertrages ist nicht vorgeschrieben. Es genügt der Abschluß eines Rechtsgeschäfts, in dem auf Vertragsbedingungen, die einen Schiedsvertrag vorsehen, Bezug genommen wird.[3] Im Vertrage können sowohl inländische wie auch ausländische Schiedsgerichte bestimmt werden.[4] Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts braucht keine ausschließliche zu sein. Sie kann auch nur für eine Partei vereinbart werden.[5] Der Schiedsvertrag muß sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis beziehen. Ein Vertrag, der den Parteien die Verpflichtung auferlegt, sich wegen vermögens-

---

2) Diese Streitigkeiten brauchen noch nicht zu bestehen.

3) RG. 58, 154.

4) Auch wenn die Parteien nur Deutsche sind, RG. 30, 368; Warn. Rsp. 5, 154 Nr. 139. In letzterer Entscheidung macht das RG. eine Unterscheidung zwischen der prozessualen u. materiellen Bedeutung eines Schiedsspruchs. Es gibt, wenn ein (ausländischer) Schiedsspruch wegen Nichtbeobachtung der Vorschriften des § 1039 ZPO. keine prozessuale Vollstreckbarkeit erlangen kann, eine Klage auf Erfüllung des Spruchs. Das RG. folgert die Zulässigkeit dieser Klage aus dem materiellrechtlichen Inhalt des Schiedsvertrages. Dieser enthalte naturgemäß immer die Vereinbarung und Verpflichtung, dasjenige zu leisten und zu erfüllen, was der Partei durch den Spruch auferlegt wird. M. E. kann man dieser Ansicht nicht beitreten, denn sie beseitigt den besonderen Schutz, den die ZPO. demjenigen, der sich der privaten Gerichtsbarkeit unterwirft, durch strenge Formerfordernisse angedeihen lassen wollte.

5) RG. 83, 181.

rechtlicher Streitigkeiten, gleich welcher Art, einem Schiedsgericht zu unterwerfen, ist unwirksam.[6]

Da der Schiedsvertrag die staatliche Gerichtsbarkeit ganz und gar ausschließt und sie durch ein privates Entscheidungsorgan, dem sich die Parteien freiwillig unterwerfen, ersetzt, ist man geneigt, ihn dem bürgerlichen Recht zuzuweisen. Spricht doch selbst § 1027 ZPO. von einem „nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts mündlich geschlossenen Schiedsvertrag." Daß auch das schiedsgerichtliche Verfahren ein rein zivilrechtliches sei, soll sich aus der verschiedenen Tragweite der zivilrechtlichen und zivilprozessualen Normen ergeben. Während die Regeln der staatlichen Rechtspflege zwingendes Recht enthielten, seien die Vorschriften über das schiedsgerichtliche Verfahren dispositiver Natur, sie gelten nur vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarung der Parteien. R. Schmidt nennt den Schiedsvertrag daher „die wichtigste Form eines vom Zivilrecht geregelten Privatrechtsschutzes".[7] Auch der Umstand, daß die Vorschriften über den Schiedsvertrag nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch stehen, soll hieran nichts ändern. In die Zivilprozeßordnung seien sie nur deshalb aufgenommen, weil das schiedsgerichtliche Verfahren auf das Verfahren vor dem Prozeßrichter Einfluß ausüben könnte und weil der Gesetzgeber hierzu unter besonderen Gesichtspunkten Stellung nehmen mußte. Sodann habe das Bürgerliche Gesetzbuch, wie sich aus den Motiven[8] ergebe, keine Veranlassung gehabt, den Schiedsvertrag besonders zu regeln, da er schon zuvor in der Zivilprozeßordnung festgelegt war.

Diese Lehre, die besonders von Wach[9], R. Schmidt[10] und Teßmer[11],[12] vertreten wird, erklärt jedoch nicht die prozessuale Wirkung des Vertrages, die sich in der Einrede des Schiedsvertrages äußert. Der materiellrechtlichen Auffassung widerspricht vor allem der Umstand, daß der Schiedsvertrag in der ZPO., nicht im BGB. geregelt ist. Die ZPO. bestimmt, unter welchen Voraussetzungen der Schiedsvertrag zulässig ist (§ 1025 ZPO.), sie gibt auch Vorschriften über sein Außerkrafttreten, sowie über die Wirkungen seines Abschlusses und des ergehenden Spruchs. Gegenstand des Schiedsvertrages ist nicht die Regelung von Privatrechtsver-

---

6) Von einer Erörterung des schiedsgerichtlichen Verfahrens muß Abstand genommen werden.
7) Lehrb., 152.
8) Motive zum BGB. Bd. 2, 657, oben. (Motive zur ZPO. ,472 — Hahn 491. —)
9) Handb. I, 67, bes. 71 (V, 1).
10) Lehrb., 152—158.
11) Schiedsverfahren, 26—27.
12) Auch Petersen, 2 zu § 1025.

hältnissen, sondern gerade die Regelung von Streitigkeiten über diese. Sein Inhalt ist die Uebertragung der Entscheidung des Streites auf den Schiedsrichter. Dieser hat ebensowenig wie der Staatsrichter die Aufgabe, zu schlichten. Er soll nicht, wie die materiellrechtliche Lehre behauptet, die Rechtsstreitigkeit ordnen[13], sondern soll entscheiden, wer Recht hat.

Der Schiedsvertrag gehört deshalb nach Inhalt und Wirkungen dem Prozeßrecht an. § 274 Ziffer 3 gibt eine prozeßhindernde und eine materiellrechtliche Einrede.

Eine weitverbreitete Ansicht schreibt daher dem Schiedsvertrage rein prozessuale Wirkung zu. Vertreter dieser Lehren sind: Hellwig[14], Kohler[15], Stein-Jonas[16], Förster-Kann[17], Bülow[18], Bunsen[19], Walsmann[20] u. a.

Wenn nun die Anhänger dieser Lehre die Anerkennung der prozessualen Natur des Schiedsvertrages durch den Inhalt des Gesetzes begründet finden, so messen sie dem Umstande, daß der Vertrag als solcher nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts abgeschlossen werden muß, zu wenig Bedeutung zu. Kohler[21] würdigt zwar auch das im Schiedsvertrage enthaltene „zivilistische Element", er hält diesem gegenüber aber das prozessuale für „durchschlagend". Hellwig[22] erkennt zwar, daß die §§ 1025 und 1029 ZPO. auf das bürgerliche Recht verweisen und daß dessen Vorschriften bezüglich der Zulässigkeit und Form des Schiedsvertrages anwendbar seien. Er hilft sich aber über diese Lücke seiner Lehre hinweg, indem er ausführt, daß es trotz dieser Verweisung nur darauf ankomme, „den wahren Charakter des Schiedsvertrages zu erkennen und daraus die Folgerungen herzuleiten".

M. E. ist mit Oertmann[23] die richtige Auffassung der rechtlichen Natur des Schiedsvertrages dahin zu finden, daß dieser in seinem Entstehungsbestande nach bürgerlichem Recht, in seiner Wirkung aber nach Prozeßrecht zu beurteilen ist. Der Schiedsvertrag ist, was seine Entstehung anbelangt, ein vor- oder wenigstens außerprozessualer Akt. In seinen Gültigkeitsbedingungen könnte er nur insoweit nach Prozeßrecht beurteilt werden, als dieses dar-

13) Teßmer, a. a O. 5—6.
14) System II, 103; Anspruch und Klagrecht, 160.
15) Enzyklopädie III, 332; ZZP. 31, 293.
16) I, 1 zu § 1025.
17) 1 zu § 1025.
18) ZZP. 31, 219.
19) ZZP. 35, 413—14.
20) AZP. 102, 210.
21) Enzyklopädie III, 332.
22) System II, § 260 II, 2 a. E.
23) ZZP. 45, 403, 404; ZZP. 47, 126.

über Vorschriften enthält. Dies ist aber nach unserer hierfür nur in Betracht kommenden Zivilprozeßordnung nicht der Fall. Sie enthält über die Gültigkeitsbedingungen des Vertrages keine Vorschriften und bestimmt in §§ 1025 ff nur die Voraussetzungen seiner Wirksamkeit. Die Zivilprozeßordnung weist sogar in § 1027 auf das bürgerliche Recht hin und läßt dieses die Fragen der formellen Erfordernisse entscheiden.

Aus der Tatsache, daß der Schiedsvertrag gewöhnlich vor- bezw. außerprozessual abgeschlossen wird, kann nichts gegen die prozeßrechtliche Auffassung hergeleitet werden. Nach Inhalt und Wirkung ist der Schiedsvertrag, wie zutreffend angenommen wird, prozessualer Natur. Er läßt das materielle Rechtsverhältnis unberührt und betrifft nur die Art und Weise des ihm zuteil werdenden Rechtsschutzes. Durch die Art seines Abschlusses wird die prozeßrechtliche Eigenart seiner Wirkungen nicht ausgeschlossen.

Hellwig[24] irrt, wenn er in einem „zivilrechtlichen Vertrage mit lediglich prozessualer Wirkung einen Widerspruch in sich“ findet. Dieses träfe nur dann zu, wenn sich die inhaltliche Wirkung eines solchen Vertrages aus dem bürgerlichen Recht bestimmen ließe.[25]

Die zivilrechtliche Beurteilung der Gültigkeitsbedingungen ist überdies sehr zweckmäßig. Wollte man den Schiedsvertrag dem Prozeßrecht völlig unterstellen, so käme man zu dem m. E. unmöglichen Ergebnis, daß Willensmängel wie bei jeder Prozeßhandlung keine Anfechtung begründen.

Die Beurteilung des Schiedsvertrages als eines zivilrechtlichen Vertrages mit direkter prozessualer Wirkung wird auch noch von Baumbach[26] und Lewin[27] vertreten.

Kein prozessualer Vertrag ist der oft mit dem Schiedsvertrage in Zusammenhang gebrachte Schiedsgutachtervertrag. Den Schiedsgutachtern (Arbitratoren) liegt nicht die Entscheidung eines Rechtsstreits ob, sondern nur diejenige von Elementen der Entscheidung. Der Vertrag ist zivilrechtlicher Natur und regelt sich nach §§ 317 ff BGB.[28] Er begründet deshalb, selbst wenn die Schiedsgutachter ihren Spruch mit bindender Kraft unter Ausschluß des Rechtsweges fällen sollen, nicht die prozeßhindernde Einrede des Schiedsvertrages.[29]

---

24) System I, 451, Note 11
25) Vgl. Oertmann, ZZP. 45, 403 Note 54.
26) 1 zu § 1025.
27) Gruch. 60, 534.
28) RG. 96, 59.
29) RG. 24, 412.

§ 4.

Während durch den Schiedsvertrag die staatliche Gerichtsbarkeit ausgeschlossen werden soll, beabsichtigt der Gerichtsstands-(Prorogations-)Vertrag die Zuständigkeit der Gerichte in einer von der gesetzlichen Regel abweichenden Weise zu ändern. Soweit der Gerichtsstand kein ausschließlicher ist, können die Parteien durch Vereinbarung in die gesetzliche Zuständigkeitsordnung der Gerichte in örtlicher wie in sachlicher Hinsicht eingreifen. Dies kann in doppelter Richtung erfolgen, indem die Parteien entweder ein an sich unzuständiges Gericht für zuständig oder ein bestimmtes Gericht in der Weise für zuständig erklären, daß die Zuständigkeit anderer an sich zuständiger Gerichte ausgeschlossen wird.

Das Gesetz läßt eine Gerichtsstandsvereinbarung sowohl vor wie nach Klageerhebung zu. An dieser Stelle soll jedoch nur die in § 38 ZPO. erwähnte ausdrückliche, vor Prozeßbeginn getätigte Vereinbarung erörtert werden.[1]

Die Befugnis der Parteien, die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts durch Vereinbarung zu begründen, folgt ohne weiteres aus § 38 ZPO. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung ist jedoch auf Rechtsstreite über vermögensrechtliche Ansprüche beschränkt. Unzulässig ist die Vereinbarung, wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist (§ 40 Abs. 2 ZPO.). Eine solche Vereinbarung kann im übrigen nicht für sich, sondern nur für ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entstehenden Rechtsstreitigkeiten wirksam abgeschlossen werden.

Ueber die Frage der Zulässigkeit und Wirksamkeit einer Vereinbarung, durch welche ein Gerichtsstand bestimmt und alle anderen an sich zuständigen Gerichte ausgeschlossen werden, gibt die Zivilprozeßordnung keine Antwort.

Gestützt auf den Wortlaut des § 38 ZPO. wird die Unzulässigkeit einer solchen Vereinbarung behauptet.[2] § 38 ZPO. besage, daß durch Vereinbarung einem unzuständigen Gericht Zuständigkeit beigelegt werden könne, nicht aber, daß einem gesetzlich zuständigen Gericht diese Zuständigkeit durch Vereinbarung genommen werden könne. Die den gesetzlichen Gerichtsstand ausschließende Wirkung der Vereinbarung setze die Befugnis der Parteien,

---

1) Die während des Prozesses getätigten Prorogationsverträge sind unten in § 8 behandelt.
2) Schwalbach, AZP. 64, 293, Note 54.

das Gesetz zu ändern, voraus. Dies wäre aber unzulässig; die Vereinbarung sei daher unwirksam.[3],[4]

Demgegenüber muß darauf hingewiesen werden, daß die Zuständigkeitsordnung, soweit sie hier in Betracht kommt, kein zwingendes, absolutes Recht enthält. Die Zivilprozeßordnung läßt durch die Zulassung des Prorogationsvertrages neben dem gesetzlichen Gerichtsstande einen neuen gesetzlich zugelassenen Gerichtsstand entstehen. Unter diesen Gerichtsständen steht dem Kläger ein Wahlrecht zu. Dieses wird durch Erhebung der Klage ausgeübt. Wenn nun der Kläger auf dieses Wahlrecht durch Vereinbarung mit dem Beklagten bereits vor Erhebung der Klage verzichten könnte, würde einer der zur Auswahl stehenden Gerichtsstände ausschließlich zuständig werden. Ob jedoch dem Kläger diese Möglichkeit offen steht, ist nicht ohne weiteres ersichtlich.

Da es sich um eine prozessuale Befugnis handelt, kann für die Beurteilung der Frage nur das Prozeßrecht maßgebend sein. Dieses enthält darüber keine Bestimmung. Jedoch muß aus den §§ 38—40 ZPO. geschlossen werden, daß die Prozeßordnung den Parteien eine Verzichtleistung auf das Wahlrecht im obigen Sinne gestatten wollte.[5] Innerhalb der durch § 40 ZPO. gezogenen Grenzen erlaubt das Gesetz den Parteien grundsätzlich, die Zuständigkeit in bindender Weise durch Vereinbarung zu regeln. Das Gesetz enthält also in den Bestimmungen über die Zuständigkeitsvereinbarungen sogenanntes „dispositives" Recht. Dieses Recht ist durch Parteiverfügung abänderlich.[6] Die vereinbarte Zuständigkeit geht deshalb der auf gesetzlicher (dispositiv-rechtlicher) Bestimmung beruhenden Zuständigkeit vor. Dieser ist daher die Wirkung der „Ausschließlichkeit"[7] beizumessen. Dem Beklagten steht, wenn der Kläger vor einem anderen Gericht klagt, die Einrede der Unzuständigkeit zu.[8]

Hierdurch gewinnt die Vereinbarung insofern an Wert, als es nicht mehr der Willkür des Klägers überlassen ist, bei welchem Gericht geklagt wird, und der Beklagte von vornherein weiß, welchem Gerichtshof er unterworfen ist. Das durch die Abrede zustän-

---

3) OLG. Cassel, Recht 06, 56 Nr. 63.

4) Kleinfeller ist in seinem Lehrbuch, § 28 II 1, § 38 II 2, von dieser Ansicht, die er in KVJS., 35, 536 vertreten hatte, abgegangen.

5) Vgl. Note 8 unten.

6) Vgl. Bülow AZP. 64, 74 u. 78.

7) Diese „Ausschließlichkeit" ist nicht mit der gesetzlichen zu verwechseln. Erstere kann durch Parteivereinbarung beseitigt werden, letztere nicht.

8) Vgl. Struckmann-Koch, 3 zu § 38; Bunsen, ZZP. 35, 420—21; Kohler, Gruch. 31, 291: Hellwig, System I, § 58 w 2; Lehrb. II, § 106; III 1 e; Stein-Jonas, § 38 III.

dig gewordene Gericht wird durch Vereinbarung oder durch vorbehaltlose Einlassung wieder zuständig.

Es muß jedoch bemerkt werden, daß die Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes in jedem Falle ausdrücklich vereinbart sein muß. Es genügt hierbei nicht, daß die Parteien nur die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts ausschließen;[9] sie müssen vielmehr vereinbaren, daß ein Gericht unter Ausschluß anderer zuständig sein solle. Ob eine ausschließliche oder eine mit der gesetzlichen konkurrierende Zuständigkeit geschaffen werden sollte, ist von Fall zu Fall festzustellen.[10]

Die im § 2 vertretene Ansicht gibt eine klare Antwort auf die Streitfrage, ob gemäß § 38 ZPO. sämtliche an sich zuständigen Gerichte für unzuständig erklärt werden dürfen, ohne daß gleichzeitig die Zuständigkeit eines anderen Gerichts vereinbart wird. Eine solche Vereinbarung bedeutet nichts anderes als den Verzicht auf die Klagbarkeit. Dieser ist aber unzulässig.[11]

Die Vereinbarung muß gemäß dem Wortlaut des § 38 ZPO. ein ordentliches Gericht erster Instanz zuständig machen. Dadurch ist die frühere Streitfrage, ob ein Rechtsstreit sofort in der Berufungsinstanz anhängig gemacht werden darf, endgültig entschieden.

Wenn durch Parteivereinbarung ein erstinstanzliches Gericht, ein Amts- oder Landgericht, zuständig gemacht werden kann, muß auch eine Prorogation in sachlicher Beziehung zulässig sein. Es ist deshalb möglich, für alle sich aus einem bestimmten Rechtsverhältnis ergebenden Streitigkeiten, selbst, wenn deren Streitwert weniger als 500 RM. beträgt, ein Landgericht als ausschließlichen Gerichtsstand zu vereinbaren.

Ist in der Vereinbarung das Gericht nur dem Orte nach bestimmt und ist dieser in mehrere Gerichtsbezirke eingeteilt, so werden sämtliche Gerichte dieses Bezirks zuständig.[12]

Gerichtsstandsverträge, durch die ein dem erstinstanzlichen Gericht örtlich nicht übergeordnetes Obergericht als Rechtsmittelgericht vereinbart wird, sind unzulässig. Die Parteien dürfen in den zuständigen Instanzenzug nicht eingreifen.[13]

---

9) RG. in SA. 61 Nr. 93.

10) RG. in JurW. 94, 138 [2]; KG. in JurW. 24, 325; OLG. Frankfurt a. M. Rsp. 17, 96.

11) GA. Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 159; a. A. Reichel JherJ. 59, 445 ff; Kohler, Bruch. 31, 292; Förster-Kann, 3 b a. E. zu § 38.

12) Wird die Zuständigkeit der „berliner Gerichte" vereinbart, so wird nur das Amtsgericht Berlin-Mitte und das Landgericht I zuständig. KG. in Rsp. 6, 382.

13) cf. Simèon-David II, 387, 3. Ebenso unstatthaft ist der Eingriff in die innere Geschäftsverteilung durch eine Prorogation an eine bestimmte Kammer.

Eine Prorogation auf ein Straf- oder Verwaltungsgericht ist ausgeschlossen. Das Gleiche gilt von den in § 14 GVG. aufgeführten Sondergerichten. Nach § 13 GVG. gehören die bürgerlichen Streitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte, soweit nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten nach Reichs- oder Landesrecht begründet ist oder „reichsrechtlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind". In Sachen, die vor die Kaufmanns- oder Gewerbegerichte gehören, ist die Prorogation auf ein ordentliches Gericht nach § 6 KaufmGerGes., bezw. § 6 GewGerGes. ausgeschlossen.[14,15]

In diesem Zusammenhange erledigt sich auch gleichzeitig die Frage, ob die Parteien bindende Vereinbarungen über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtsweges treffen können. Eine solche Vereinbarung würde in das öffentliche Recht, das Gerichtsverfassungsgesetz, eingreifen. Da dieses der Parteiverfügung entzogen ist, können die Parteien die Zulässigkeit des Rechtsweges durch Vereinbarung weder beschränken noch erweitern.[16]

Der Gerichtsstandsvertrag muß von den Parteien[17] bezw. solchen Personen, deren Handlungen sie gegen sich gelten lassen müssen, abgeschlossen sein.[18,19] Er kommt durch bloße Einigung zustande. Einer bestimmten Form bedarf er nicht. Trotzdem der Prorogationsvertrag gewöhnlich im Anschluß an ein bestimmtes Rechtsgeschäft getätigt wird, bewahrt er doch diesem gegenüber stets den Charakter eines selbständigen Vertrages.[20]

Die rechtliche Natur des Prorogationsvertrages ist ebenfalls nicht unbestritten. Rosenberg[21] nimmt trotz der prozessualen Wirkungen des Vertrages (§§ 38, 274 Ziff. 1 ZPO.) an, daß er ausschließlich dem bürgerlichen Recht angehöre. Zu dieser m. E. unhaltbaren Ansicht ist Rosenberg aber nur gekommen, um seine zu enge Theorie der Prozeßhandlung aufrecht erhalten zu könen.[22]

---

14) Bei sachlicher Zuständigkeit des Gewerbegerichts kann anstelle des örtlich zuständigen Gewerbegerichts die Zuständigkeit eines örtlich unzuständigen Gewerbegerichts vereinbart werden. Vgl. RG. 111, 310.

15) Im Strafprozeß (Privatklageverfahren) ist eine Prorogation ausgeschlossen.

16) Vgl. RG. 11, 66; Bunsen, ZZP. 35, 409.

17) Natürlich ist Vertretung möglich.

18) z. B. der Konkursverwalter die des Gemeinschuldners, nicht aber der Bürge die des Schuldners (OLG. Cassel Rsp. 13, 81). Unzulässig ist dagegen eine Vereinbarung mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, vgl. OLG. Stendal. ZBlFG. 2, 273; Hellwig, System I, § 58 III 2.

19) Nebenintervenienten u. Streitverkündete haben ihn gegen sich gelten zu lassen.

20) Wegen seiner Gültigkeit in Fällen der Nichtigkeit des Hauptvertrages vgl. unten § 14.

21) Stellvertretung, 100.

22) Vgl. Kleinfeller, Lehrb. 31, 1 f.

Kohler[23] und Hellwig[24] weisen den Vertrag völlig dem Prozeßrecht zu.[25] Wäre dies wirklich der Fall, so müßte der Vertrag eine Prozeßhandlung sein. Dies kann aber von einer vorprozessualen Vereinbarung keinesfalls ernstlich behauptet werden.

Die richtige Ansicht liegt auch hier in der Mitte zwischen beiden Meinungen. In seinem Abschlußtatbestand ist der Gerichtsstandsvertrag nach bürgerlichem Recht, in seinen Wirkungen dagegen nach Prozeßrecht zu beurteilen.[26]

Ein Prorogationsvertrag ist auch die Vereinbarung der Zuständigkeit der Aufwertungsstelle gemäß § 71 AWGes.[27] § 69 AWGes. bestimmt die ausschließliche Zuständigkeit der Aufwertungsstelle für Streitigkeiten über die Höhe der aufzuwertenden Ansprüche. Die Entscheidung der Frage, ob ein solcher Anspruch dem Grunde nach besteht, gehört dagegen zur Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts. Gemäß § 71 AWGes können aber auch diese Streitigkeiten durch Vereinbarung vor die Aufwertungsstelle gebracht und von dieser entschieden werden. Ihre Zuständigkeit kann auch vereinbart werden zur Entscheidung über andere mit der Aufwertung zusammenhängende Ansprüche, für die die Aufwertungsstelle gesetzlich nicht zuständig wäre.

Letztere Vereinbarung ist keine schiedsgerichtliche Abrede, denn dieselbe begründet die Zuständigkeit der Aufwertungsstelle in gleicher Weise, wie wenn sie auf gesetzlicher Vorschrift beruht hätte. Die Wirkung der vereinbarten Zuständigkeit geht sogar noch über dic der gesetzlichen Zuständigkeit hinaus. Rechtskräftige Entscheidungen, für die die Zuständigkeit der Aufwertungsstelle vereinbart ist, sind nämlich nach § 75 AWGes. stets vollstreckbar, wogegen bei gesetzlicher Zuständigkeit die ergangenen Entscheidungen der Aufwertungsstelle nur bezüglich der Kosten oder im Falle eines Vergleichs vollstreckbar sind (§ 75 AWG.).[28]

§ 5.

Zu den Vereinbarungen, die außerhalb des Prozesses getätigt werden können, gehört auch der Vertrag über den Ausschluß von Rechtsmitteln. Durch ihn soll die Aufechtung einmal ergangener

23) Gruch. 31, 293.
24) System I, § 58 III 1..
25) Ebenso Stein-Jonas, II 1 c zu § 38.
26) G. A. Baumbach, 2 zu § 38; Oertmann, ZZP. 45, 407 ff.
27) Auch das Verfahren vor der Aufwertungsstelle ist ein Erkenntnisverfahren, wenn auch gemäß § 73 AWGes. die Verfahrensvorschriften der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung finden.
28) Vgl. Näheres hierüber bei Quassowski zu § 71.

Entscheidungen verhindert werden. Die Frage nach Zulässigkeit und Wirksamkeit eines solchen Vertrages ist eine der ungeklärtesten unseres Prozeßrechts. Das Gesetz enthält keine Bestimmung über den vorgängigen Rechtsmittelverzicht. Es beschränkt sich auf den Fall eines nachträglich, nach Erlaß des Urteils erklärten Verzichts. Dies gilt sowohl von der Berufung (§ 514 ZPO.) als auch „in entsprechender Anwendung" dieser Vorschrift von der Revision (§ 566 ZPO.) und vom Einspruch (§ 346 ZPO.). Die herrschende Lehre hält den vorgängigen Verzicht auf Rechtsmittel für zulässig und schreibt ihm sogar unmittelbare Wirkung zu.

Vom Verzichtvertrage ist das Versprechen, auf Rechtsmittel zu verzichten oder keine Rechtsmittel einzulegen, zu unterscheiden. Die beiden letzteren Vertragsarten können als bloße Vorverträge naturgemäß nicht die gleichen Wirkungen hervorrufen, wie der Rechtsmittelverzicht als solcher. Sie mögen daher zunächst erörtert werden.

Bei dem Vertrage, durch den sich die Parteien verpflichten, nach Erlaß des Urteils auf Rechtsmittel zu verzichten, wäre es denkbar, daß die unterliegende Partei nicht freiwillig verzichtet und dem Vertrage zuwider z. B. Berufung einlegt oder Einlegung derselben ankündigt. Könnte in einem solchen Falle die Verzichtleistung durch Klage erzwungen werden? Wäre eine Verurteilung zu einer künftigen Verzichtleistung möglich?

Das Gesetz gewährt den Parteien die prozessualen Rechte, damit diese im gegebenen Falle von ihnen Gebrauch machen können. Diese prozessualen Befugnisse dürfen durch einen Urteilsspruch nicht beseitigt oder abgeändert werden. Ein diese Befugnisse — die Einlegung von Rechtsmitteln — vernichtendes Urteil widerspräche dem Gesetze und würde den von der Staatsgewalt autorisierten Prozeß zum Konventionalprozeß herabwürdigen. Der Parteiwillkür wäre dadurch Tür und Tor geöffnet. Zwecklos erscheint zudem eine Klage auf Verzichtserklärung, die nach Erlaß des Urteils angestrengt würde, denn vor Rechtskraft des neuen Urteils wäre die Berufungsfrist des alten Prozesses bereits abgelaufen. Die Klage würde überdies in den alten Prozeß noch einen neuen hineinschieben. Dieser würde den ersteren zwangsweise beendigen. Abgesehen von der unzulässigen Bindung des Richters würde die Rechtskraft eines solchen Urteils den Parteien die Möglichkeit nehmen, eine offenbar unrichtige Entscheidung zu beseitigen. Dies träte bei der Verurteilung zum Verzicht auf den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil besonders in Erscheinung. Die zeitliche Aufeinanderfolge

der beiden Prozesse spricht gegen die Zulässigkeit einer solchen Klage. Es wäre z. B. denkbar, daß der Prozeß, in dem ein Einspruch eingelegt ist, schon beendet ist, und daß das Urteil früher die Rechtskraft beschreitet (Schiedsurteil), ehe die auf Verzichtleistung gerichtete Klage zur Entscheidung reif ist. M. E. sind sämtliche auf Verurteilung zur Verzichtleistung auf ein Rechtsmittel gerichtete Klagen unzulässig. Die auf eine solche Verpflichtung abzielenden Verträge sind deshalb unbeachtlich.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man auch bei der Erörterung des Vertrages, der die Unterlassung der Einlegung eines Rechtsmittels zum Gegenstande hat. Das eine solche Unterlassung gebietende Urteil würde ebenfalls in die prozessualen Befugnisse eingreifen. Eine hierauf gerichtete Klage wäre aus den soeben angeführten Gründen unzulässig. Auch hier ist die Rechtsmittelfrist abgelaufen, bevor die nach Einlegung des Rechtsmittels wegen der Rücknahme desselben angestrengte Klage rechtskräftig entschieden werden könnte.

Eine unmittelbare prozessuale Wirkung des Versprechens auf ein Rechtsmittel zu verzichten, oder nicht einzulegen, ist undenkbar. Trotz seines prozessualen Inhalts bleibt der Vertrag stets ein zivilrechtlicher. Das an den Gegner gerichtete Verlangen, keine Rechtsmittel einzulegen bezw. auf sie zu verzichten, ist ein privatrechtlicher Anspruch. Da ein zivilrechtlicher Vertrag im Falle seiner Nichterfüllung nur mit Hilfe des öffentlichen Rechts durchgesetzt werden kann, bedarf auch dieser Vertrag zu seiner Verwirklichung stets des öffentlichen Rechts. Man würde das Wesen des Prozeßrechts völlig verkennen, wollte man einem zivilrechtlichen Vertrage eine unmittelbare prozessuale Wirkung zukommen lassen. Legt der Gegner vertragswidrig ein Rechtsmittel ein, so muß der Unterlassungsanspruch stets im Wege des Prozesses durchgesetzt werden. Eine prozessuale Durchsetzung dieses Anspruchs ist es aber, wie bereits dargetan ist, unzulässig. Durch das Versprechen wird also weder das Recht, Rechtsmittel einzulegen, beeinträchtigt, noch wird ein Einwand gegen die Zulässigkeit des Rechtsmittels begründet.

Der Vertrag, durch den die Vertragsschließenden die Nichtausübung eines Rechtsmittels versprechen, hat keinerlei prozessuale Wirkung. Es kann weder eine Klage auf Verurteilung zu einer künftigen Verzichtleistung oder Unterlassung gemäß § 259 ZPO. erhoben werden, noch ist eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des Rechtsmittelrechts möglich.

Fraglich erscheint aber, ob eine Verletzung des Vertrages zivil-

rechtlich entschädigungspflichtig macht. Dieses ist zu verneinen, denn eine Schadensersatzpflicht kann nicht deshalb entstehen, weil von einem publizistischen Recht Gebrauch gemacht worden ist. Anders wäre es allerdings, wenn die Unberechtigtheit des Rechts festgestellt werden könnte. Dieses wird aber niemals der Fall sein.

Das Rechtsmittelrecht ist ein publizistisches Recht. Es entspringt nicht etwa aus einem Rechtsverhältnis unter den Parteien, sondern aus dem öffentlichrechtlichen Verhältnis des Staates zum Rechtsschutzsuchenden. Auf ein solches subjektiv öffentliches Recht kann der Berechtigte, wie oben bereits ausgeführt ist, niemals verzichten. Das Recht muß also dem Staat gegenüber stets zu Recht bestehen. Die öffentlichrechtliche Rechtmäßigkeit geht einer evtl. privatrechtlichen Unrechtmäßigkeit stets vor. Eine Schadenserſatzpflicht kann also nicht entstehen.[1]

Eine Reihe von Gründen, die die unmittelbare prozessuale Wirkung des Unterlassungsvertrages ausschlossen, kommt auch bei der Beurteilung der Gültigkeit des rechtsvernichtenden Verzichtsvertrages in Betracht. Das Recht, in einem Prozesse Rechtsmittel einzulegen, ist ein subjektiv öffentliches Recht. Es stellt als Recht des Rechtsschutzsuchenden, vom Staate die Nachprüfung einer Entscheidung seiner Gerichte zu verlangen, einen Ausfluß des allgemeinen Rechtsschutzrechts dar. Es sind somit auch hier die obigen Ausführungen über die vertragsmäßige Beschränkung des Klagrechts (§ 2) zu beachten. Danach müßte der Verzichtsvertrag, der in gewisser Beziehung der Aufgabe des Rechtsschutzes gleichkommt, unzulässig sein.

Die herrschende Lehre jedoch läßt, wie bereits ausgeführt, den vor Erlassung des Urteils unter den Parteien erklärten Verzicht grundsätzlich zu. Man begründet diese Ansicht damit, daß man den Vertrag dem bürgerlichen Recht zuweist und durch ihn eine materielle Einrede der vertragsmäßigen Beendigung des Rechtsstreits gewährt. Auch schreibt man ihm unmittelbare prozessuale Wirkung zu, oder läßt durch ihn eine schiedsvertragliche oder quasischiedsvertragliche Einrede entstehen.

---

1) Reichenheim, 23 glaubt sogar eine privatrechtliche Nichtigkeit aus einer analogen Anwendung des § 306 BGB. folgern zu müssen. Diese Verträge wären, da sie begrifflich weder erzwungen werden, noch im Falle ihrer Verletzung privatrechtliche Rechtsfolgen auslösen könnten, auf eine rechtlich unmögliche Leistung gerichtet. Solche Verträge wären aber nach § 306 BGB. nichtig. Diese Deduktion ist nicht unzutreffend. Sie erübrigt sich jedoch m. E., da die Verträge schon ohne weiteres aus § 134 BGB. belanglos sind.

Nach der Praxis, wie auch nach der Ansicht des größten Teils der Literatur[2] ist der vorgängige Rechtsmittelverzicht überhaupt nur ein Geschäft des materiellen Rechts. Diese Lehre stützt sich auf die geschichtliche Entwicklung. Da das frühere Recht[3] den vorgängigen Verzicht gekannt habe, müßte er, da die ZPO. ihn nicht verboten habe, nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit des bürgerlichen Rechts als diesem angehörig, auch heute noch zulässig sein. Das Reichsgericht führt in RG. 70, 59 aus: „Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, die hier in Betracht kommen, enthalten kein allgemeines Verbot, ein Rechtsmittel im Voraus vertraglich auszuschließen." Nach dieser materiellrechtlichen Theorie kann der vorprozessuale, außergerichtliche Rechtsmittelverzicht nicht unmittelbar auf den Prozeß einwirken. Er beeinflußt nur den materielen Anspruch, und zwar, indem er entweder diesen gänzlich vernichtet oder dem Gegner eine materiellrechtliche Einrede gegenüber dem an sich fortbestehenden Anspruch gewährt oder aber den Einleger des Rechtsmittels nach privatrechtlichen Gesichtspunkten schadensersatzpflichtig macht.[4] Ein dem Verzichte zuwider eingelegtes Rechtsmittel kann alsdann nur als materiell unbegründet, nicht aber als formell unzulässig zurückgewiesen werden. Diesen Standpunkt nahm das Reichsgericht in RG. 20, 398; 36, 421; JurW. 03 Nr. 121 ein. Von der neueren reichsgerichtlichen Rechtsprechung wird jedoch das dem Verzicht zuwider eingelegte Rechtsmittel als unzulässig zurückgewiesen.[5] In RG. 20, 446 wird zur Begründung angeführt, daß ein „Unterschied zwischen unstatthaften und unzulässigen Rechtsmitteln in der Art, daß nur gewisse Fälle der Unstatthaftigkeit als solche der Unzulässigkeit auszusondern sein, durch das Gesetz nicht begründet werde". Hierbei wird übersehen, daß unter Berücksichtigung der materiellen Theorie der Verzicht nicht auf das Rechtsmittel, sondern nur auf den Anspruch wirkt. Dieser wird dadurch gegenstandslos, nicht aber wird das Rechtsmittel unstatthaft. Das Reichsgericht verleiht also den „nach rein materiellrechtlichen Grundsätzen" zu beurteilenden vertraglichen Ausschluß des Rechtsmittels eine direkte Wirkung auf den Prozeß. Von diesem Standpunkt scheint m. E. auch das Reichs-

---

2) Sydow-Busch, zu § 514; Warneyer, 12 zu § 514; Förster-Kann, 1 zu § 514, 2 a. a. b vor § 128; Struckmann-Koch, 3 zu § 514; Petersen-Anger, 1 zu § 514; Neukamp, 6 Bb zu § 511 ff; Kayser, DJZ. 1912, 685—86; Wach, AZP. 64, 293.

3) v. Seuffert, 1 zu § 514 zitiert eine Reihe von Entscheidungen nach preußischem Recht, auch die Reichskammergerichtsordnung von 1555 II 28 § 2 („es wäre dann, daß einer sich freywillig und ungedrungen vorhin der Appellation begeben").

4) Förster-Kann, 1 zu § 514.

5) RG. 45, 330; 70, 59; 104, 135; 105, 352—53.

gericht in RG. 104, 135 nicht abgegangen zu sein.[6] Wenn das Reichsgericht den materiellen Verzicht auf ein Prozeßrecht ohne weiteres auf den Prozeß wirken läßt, so hat es doch keine Aufklärung darüber gegeben, wie diese Wirkung zustande kommt. Der materielle Verzicht, der nur einen materiellen Einwand erzeugt, kann sich nur gegen einen materiellen Anspruch oder dessen Voraussetzungen, nicht aber gegen eine reine Prozeßhandlung richten, ebenso wie eine prozessuale Einrede sich nicht gegen einen materiellen Anspruch wenden kann. Um diesem materiellen Einwande eine prozessuale Wirksamkeit zu verschaffen, müßte dieser erst prozessual durchgesetzt werden. Eine solche prozessuale Durchsetzung ist nun m. E. nicht möglich, weil der Prozeß kein Rechtsverhältnis unter den Parteien, sondern eine Beziehung der Parteien zum Gericht darstellt.

Da das Reichsgericht das Fehlen eines notwendigen Uebergangs zwischen dem aus dem materiellrechtlichen Verzicht auf das Prozeßrecht entstandenen materiellen Einwande und seiner prozessualen Wirksamkeit wohl beachtet haben wird, ist nur anzunehmen, daß nach seiner Ansicht der materielle Verzicht das Rechtsmittel völlig zum Erlöschen bringt. Ein solches Erlöschen wäre aber der Untergang eines Rechtsschutzrechts. Hier käme das in § 2 beim Verzicht auf das Klagrecht Gesagte in Betracht. Da der materielle Untergang eines Prozeßrechts für das öffentliche Recht bedeutungslos ist, kann man dem Reichsgericht auf diesem Wege nicht folgen.

Während die materiellrechtliche Theorie dem Verzichtsvertrag wenigstens materielle Wirkung zuschreibt, läßt ihn eine andere Lehre direkt prozessual wirken. Die Vertreter dieser Lehre, zu denen v. Seuffert[7], Weismann[8], Fitting[9] und Kleinfeller[10] gehören, glauben den vorgängigen Rechtsmittelverzicht deshalb nach Prozeßrecht beurteilen zu müssen, weil dieser sich vom nachträglichen nur durch die Zweiseitigkeit seiner Vornahme unterscheide. Wenn der nachträgliche Rechtsmittelverzicht, wie sich aus § 514 ZPO. ergebe, etwas Prozeßrechtliches sei, müsse auch der vorgängige, da er sich nur durch seine Form unterscheide, nach Prozeßrecht beurteilt werden. Weismann[11] meint,

6) Das RG. hob nämlich das Urteil des OLG., das die Berufung als unzulässig verworfen hatte, nur deshalb auf, weil es an dem vertragsmäßigen Zustandekommen des Verzichts Bedenken hatte.

7) 1 zu § 514.

8) Lehrb. 1, 426.

9) Lehrb. § 82 II u. § 74 V.

10) Lehrb. § 119 IV.

11) Lehrb. a. a. O.

„für die prozessuale Wirksamkeit des Aktes kann nur das Prozeßrecht maßgebend sein". Da der Verzicht „die prozessuale Einrede, daß der Rechtsstreit vertragsmäßig beendet sei", erzeuge, müsse das Rechtsmittel als unzulässig verworfen werden.[12]

Dieser Lehre ist zunächst entgegenzuhalten, daß sie die Antwort auf die Frage, warum der Vertrag als eine Prozeßhandlung anzusehen sei, abgesehen von dem gezwungenen Umkehrsschluß aus § 514 ZPO., schuldig bleibt. Der Umstand, daß der Vertrag bereits vor Prozeßbeginn abgeschlossen werden kann, spricht gegen diese Ansicht. Vor dem Entstehen eines Rechtsstreits ist die Vornahme eines Aktes, der eine Prozeßhandlung sein soll, undenkbar. Würde die „Prozeßhandlung" dennoch vorgenommen, so wäre sie gegenstandslos. Aber selbst wenn die Parteien während des Rechtsstreits den Vertrag schließen, kann man darin keine Prozeßhandlung sehen. Das Einreichen einer unterzeichneten Vertragsurkunde ist eben nicht der Abschluß des Vertrages, und nur hierauf kommt es bei der Beurteilung der Frage, ob der Verzicht Prozeßhandlung ist, an.

Die Lehre würde einige Berechtigung erlangen, wenn der von ihr aus § 514 ZPO. gezogene Schluß richtig wäre. Aus dem Wortlaut des § 514 ZPO., wonach für den nach Erlaß des Urteils erklärten Verzicht die Annahme der Verzichtleistung durch den Gegner nicht erforderlich ist, kann gefolgert werden, daß entweder der vorgängige Verzicht unwirksam ist, oder daß er der Annahme durch den Gegner bedarf. Gegen beide Schlußfolgen ist nichts einzuwenden. Mit einiger Sicherheit läßt sich aus § 514 ZPO. nur entnehmen, daß der vorgängige Verzicht, falls er prozessual wirksam sein sollte, vertragsmäßig abgeschlossen werden muß. Daß er aber auch in diesem Falle wirksam sei, läßt sich m. E. hieraus keineswegs folgern. Abgesehen davon, daß die Interpretation des § 514 ZPO. gewaltsam und gekünstelt ist, widerspricht sie auch dem Sinn der Bestimmung. Sie soll eben nur den nach Erlaß des Urteils erklärten Verzicht betreffen und sein Wirksamwerden regeln. Dabei ist besonders hervorzuheben, daß rechtspolitisch dem prozessualen (nachgängigen) Verzicht als einer Prozeßhandlung eine ganz andere Bedeutung eingeräumt werden muß, als dem vorgängigen Verzichtsvertrag.

Zwischen der materiellrechtlichen und der prozeßrechtlichen Theorie nimmt eine dritte einen vermittelnden Standpunkt ein. Die Vertreter dieser Theorie sehen in dem vorgängigen Rechtsmittel-

12) Kleinfeller a. a. O.

verzicht, da sie ihn aus der Zivilprozeßordnung nicht herleiten können, ein Geschäft des bürgerlichen Rechts, dessen Wirksamkeit sich jedoch ausschließlich im Prozesse zeige. Nach Art und Weise seines Abschlusses gehöre dieses Geschäft dem bürgerlichen Recht an und richte sich auch in seinen Gültigkeitsbedingungen nach diesem. Hauptvertreter dieser Ansicht ist Bunsen[13]. Nahe kommt ihm Planck[14]. Wie dieser ausführt[15], kommt der vorgängige Rechtsmittelverzicht „wie jeder andere unter den Parteien geschlossene Vertrag im Prozesse nur in Betracht, wenn er von dem, welchem daran liegt, in der dafür bestimmten prozessualischen Form geltend gemacht wird". Auf die erhobene Einrede hin wird die „dem Verzichtenden vertragsmäßig obliegende Leistung des Nichtgebrauchs seines Prozeßrechts" durch Verwerfung desselben erzwungen. Stein-Jonas[16] bezeichnet den vorgängigen Rechtsmittelverzicht zwar als eine „Prozeßhandlung, versteht jedoch darunter eine materiellrechtliche Vereinbarung, die hinsichtlich ihrer Gültigkeit „in jeder Beziehung nach bürgerlichem Rechte" zu beurteilen sei. Die Wirkung des Vertrages liege aber auf prozeßrechtlichem Gebiet.[17,18]

Zur Begründung der prozessualen Wirksamkeit des vorgängigen Rechtsmittelverzichts wird von der herrschenden Lehre die Analogie des Schiedsvertrages herangezogen.[19]

Diese Analogie hat manches für sich. Wenn auch durch den Schiedsvertrag die staatliche Gerichtsbarkeit ausgeschlossen und an ihre Stelle eine private gesetzt wird, beim vorgängigen Rechtsmittelverzicht dagegen nur die höhere Instanz ausgeschlossen werden soll, so stimmen beide Verträge doch darin überein, daß die Parteien sich mit der ergehenden erstinstanzlichen Entscheidung begnügen wollen. Der Rechtsstreit soll in beiden Fällen endgültig erledigt sein. Erscheint es doch auch als durchaus einleuchtend, daß die Parteien, die sich dem Spruche oft nicht qualifizierter Schiedsrichter unterwerfen, auch die Entscheidung der staatlichen Gerichte als endgültig und bindend anerkennen können. Wenn man durch den Schiedsvertrag die staatliche Gerichtsbarkeit ganz ausschließen kann, muß es nur folgerichtig sein, wenn man ihr durch den

13) ZZP. 35, 401 u. 421. Er läßt das Urteil sofort mit der Verkündung in materielle Rechtskraft treten.
14) Lehrb. 1, 292, 294—95.
15) A. a. O. 299.
16) I Abs. 2 zu § 514. Die Ausdrucksweise ist als ungenau zu rügen. Der Verzicht wird dadurch, daß er „nicht die Gestaltung des unter den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses" zum Inhalt hat, noch nicht zu einer Prozeßhandlung.
17) Er läßt die prozeßrechtliche Wirkung des Verzichts ebenfalls unter den von Planck als notwendig vorausgesetzten Umständen (s. Note 14) eintreten.
18) G. A. noch Skonietzki-Gelpcke, 1 zu § 514.
19) RG. 70, 60; Kohler, Gruch. 31, 286.

Rechtsmittelverzicht eine oder zwei Instanzen entzieht. In beiden Fällen soll der stufenmäßig höhere Richter ausgeschaltet werden, im ersteren der qualitativ höhere Staatsrichter, im letzteren der Richter der höheren Instanz. Das Staatsgericht soll also gewissermaßen die Stellung eines Schiedsgerichts einnehmen.

Streitig ist hierbei, ob das Rechtsmittel prozessual unzulässig wird[20] und die Rechtskraft sofort mit der Verkündung des Urteils eintritt, oder ob das Rechtsmittel prozessual unzulässig bleibt,[21] und das Urteil erst nach Verwerfung desselben infolge der vorgebrachten „quasi-schiedsvertraglichen" Einrede unzulässig wird.[22] Die hier vertretene Ausicht erübrigt jedoch eine Erörterung dieser Streitfrage.

Es sprechen aber gewichtige Gründe gegen die Analogie des Schiedsvertrages. In erster Linie ist zu bemerken, daß der Schiedsspruch durch die Aufhebungsklage aus § 1041 ZPO. aufgehoben werden kann. Es ist also nicht richtig, daß die staatliche Gerichtsbarkeit durch den Schiedsvertrag ganz ausgeschlossen wird. Sie hat auch bei der Durchführung durch den Vollstreckungsbeschluß mitzuwirken. Die Aufhebungsklage macht es den Parteien möglich, etwaige Fehlsprüche zu beseitigen. Beim vorgängigen Rechtsmittelverzicht dagegen ist der Partei diese Möglichkeit genommen. Sie muß sich mit der ergehenden Entscheidung, so fehlerhaft sie auch sein möge, auf alle Fälle zufrieden geben. Gegen die Analogie ist auch der Umstand anzuführen, daß die Schiedsvertragseinrede bereits vor Ergehen einer Entscheidung begründet ist, wogegen die analoge Einrede erst Bedeutung und Wirksamkeit erlangen soll, wenn die Entscheidung bereits ergangen ist. Die lediglich negative Funktion des Verzichtsvertrages ist ein gewichtiges Gegenargument. Während der Schiedsvertrag den betroffenen Anspruch zwar dem staatlichen Rechtsschutz entzieht, dafür aber in der vereinbarten Schiedsgerichtsbarkeit einen Ersatz schafft, tritt beim Rechtsmittelverzicht an die Stelle der wegfallenden höheren Instanz oder Instanzen überhaupt **nichts.** Mißt man dem Verfahren erster Instanz selbst schiedsgerichtlichen Charakter bei[23], so fehlen ihm doch die eigentümlichen Vorzüge, die das schiedsgerichtliche Verfahren wegen seiner größeren Freizügigkeit gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit auszeichnen. Das Urteil erster Instanz, der „Quasischiedsspruch", wäre sofort vollstreck-

20) So Kleinfeller a. a. O.
21) So Stein-Jonas, 1 zu § 514.
22) So Reichenheim, 29.
23) Oertmann, ZZP. 45, 417, nennt dies mehr blendend als überzeugend.

bar, wogegen beim Schiedsspruch durch die Notwendigkeit der Vollstreckbarkeitserklärung nach § 1040 ZPO. vermieden werden kann, daß Schiedssprüche, die auf ungesetzlicher Grundlage zustande gekommen sind, vollstreckt werden. Das wichtigste Gegenargument ist die dem Quasischiedsspruch fehlende Möglichkeit der Aufhebung[24]. Durch die Aufhebungsklage nach § 1041 ZPO. ist dem Rechtsschutzsuchenden die Möglichkeit gegeben, sich vor falschen und unbilligen Entscheidungen zu schützen. Beim vorgängigen Rechtsmittelverzicht wird dieser Rechtsschutz vernichtet. Andererseits nimmt der Verzicht auch dem staatlichen Urteil die besonderen Garantien, welche diesem wegen der Nachprüfungsmöglichkeit durch die höheren Instanzen eigen sind. Das vorgängige Rechtsmittelverzicht würde somit ein Ergebnis zeitigen, dem nicht die Sicherungsmittel zukämen, welche der Gesetzgeber im Interesse einer ordnungsmäßigen Rechtsprechung sowohl bei der staatlichen, wie auch bei der schiedsgerichtlichen Gerichtsbarkeit für notwendig hielt.

Beim Schiedsvertrag ist es den Parteien möglich, einen Schiedsspruch mit allen seinen Folgen durch Vereinbarung zu beseitigen. Sie können sich dahin einigen, daß das Rechtsverhältnis als unentschieden behandelt werden soll. Ein Urteil dagegen können sie nicht durch eine vertragliche Vereinbarung beseitigen.[25]

Da die Gesichtspunkte, nach denen das schiedsgerichtliche Verfahren und der vorgängige Rechtsmittelverzicht zu beurteilen sind, zu verschieden sind, ist es m. E. nicht möglich, aus der Zulassung des ersteren die des letzteren im Wege des Analogieschlusses folgern zu können.

Von der herrschenden Lehre[26] und auch vom Reichsgericht[27] wird zur Begründung des vorgängigen Rechtsmittelverzichts der frühere Rechtszustand und die Entstehungsgeschichte der Zivilprozeßordnung herangezogen. Da nach den Motiven[28] die Entscheidung über die Zulässigkeit des vorgängigen Rechtsmittelverzichts dem bürgerlichen Recht überlassen bleiben soll, wird behauptet, die ZPO. habe an dem früheren Rechtszustande, der die Wirksamkeit des Verzichts anerkannte, nichts ändern wollen. Wegen Schweigens der ZPO. sei der Vertrag nach dem jeweils gültigen Recht, also vor 1900, nach Landesrecht zu beurteilen. Hierbei ist jedoch zu bemerken, daß das bürgerliche Recht diese Frage nicht entschei-

24) Vgl. Hellwig, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft, 90 Anm. 39.
25) Vgl. Wach, Handb. I, 76; Oertmann a. a. O.
26) Besonders v. Seuffert, 1 zu § 514.
27) RG. 36,422.
28) Motive zum Entwurf III, 300 (Hahn 351.)

dern kann, denn es handelt sich nicht um die zivilrechtliche, sondern um die prozeßrechtliche Wirkung des Verzichts. Die landesrechtlichen Vorschriften wären demnach Uebergriffe in das Prozeßrecht, die gemäß § 14 EGZPO. außer Kraft getreten wären.[29] Aber selbst, wenn dies nicht zuträfe, hätten diese Vorschriften seit 1900 gemäß Art. 55 EGBGB. keine Wirkung mehr.

v. Seuffert folgert aus der erwähnten Stelle der Motive, daß der Verzicht deshalb wirksam sei, weil das damalige bürgerliche Recht ihn zugelassen habe. Dieser Ansicht kann man nicht beitreten, da sie auf einer zu hohen Einschätzung der Motive beruht. Man kann zwar die Motive zur Ermittelung der Gedanken der Gesetzgeber verwenden, niemals aber darf man sich von ihnen verleiten lassen, etwas als im Gesetz stehend zu behandeln, wenn es in Wirklichkeit nicht darin enthalten ist.[30]

Wie bedenklich die Zulassung des vorgängigen Rechtsmittelverzichts ist, zeigt sich beispielsweise beim Einspruch.[31] Dies haben auch einige Verfechter der herrschenden Lehre erkannt. Z. B. erklärt v. Seuffert[32] den Einspruchsverzicht deshalb für nichtig, weil darin die Verpflichtung enthalten sei, ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen. Da hierin ein Ausschluß des publizistischen Rechts zur Verhandlung liege, verstieße der Verzicht gegen die guten Sitten. Dies ist aber insofern unzutreffend, als v. Seuffert die Pflicht, nicht zu erscheinen und sich verurteilen zu lassen, ohne ersichtlichen Grund in die Vereinbarung, gegen ein etwa ergehendes Versäumnisurteil keinen Einspruch einzulegen, hineinbringt. Richtig ist m. E. die Ansicht Kohlers[33], der die Unzulässigkeit des Einspruchsverzichts aus prozeßpolitischen Erwägungen herleitet. Der Einspruch ist ein unerläßliches Hilfsmittel, das den großen Gefahren des in unserer Prozeßordnung so streng gestalteten Versäumnisverfahrens begegnen soll. Würde man dieses Hilfsmittel im Voraus ausschließen, so könnte die eine Partei auf die Verhinderung und die Vergeßlichkeit der anderen spekulieren. Dies wäre ein Mißgriff, den keine Gesetzgebung zulassen kann.

Die herrschende Lehre bietet aber auch die beste Gelegenheit, die Zwecke der Revision zu hintertreiben.[34] Die Revision dient in erster Linie den Staats- und nicht etwa den Partei-

29) Vgl. Hellwig, Anspruch u. Klagrecht, 160 Note 3.
30) Vgl. auch Oertmann a. a. O., 419.
31) Daß dieser kein Rechtsmittel i. e. S., sondern ein „Rechtsbehelf" ist, ist hierbei ohne Bedeutung.
32) a. a. O.
33) Gruch. 31, 288.
34) Vgl. Oertmann a. a. O. 420.

interessen. Sie soll die Einheit der Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung gewährleisten. Dieser Zweck wird aber, wie die bereits erwähnte Reichsgerichtsentscheidung in RG. 36, 421 ergibt, vereitelt. Die diesem Erkenntnisse zugrunde liegende Ausschließung der Revision war, wie klar ersichtlich ist, nur zu dem Zwecke ersonnen, um die von der reichsgerichtlichen Rechtsprechung abweichende Stellungnahme des hanseatischen Oberlandesgerichts in der Beurteilung des Differenzgeschäfts zu erhalten.[35] Diesen Gesichtspunkt hat das Reichsgericht noch nicht genügend gewürdigt, wenn auch zuzugeben ist, daß es sich in der in RG. 70, 60 abgedruckten Entscheidung (Ausschluß von Rechtsmitteln im Eheverfahren) der hier vertretenen Ansicht etwas genähert hat. Es schließt den vorgängigen Rechtsmittelverzicht aber hier nur deswegen aus, weil dieser Bestandteil eines gesetz- und normalwidrigen Geschäfts war.

Gegen die prozessuale Wirksamkeit des vorgängigen Rechtsmittelverzichts lassen sich schwerwiegende rechtspolitische Gründe anführen. Das Rechtsmittelrecht ist rein publizistischer Natur. Da die Vorschriften des Prozeßrechts im Interesse der öffentlichen Ordnung erlassen sind, darf eine prozeßrechtliche Befugnis durch eine privatrechtliche Abmachung grundsätzlich weder beschränkt, noch ausgeschlossen werden. Eine privatrechtliche Abmachung kann nur da prozessuale Wirksamkeit haben, wo eine solche durch Vorschriften der Zivilprozeßordnung entweder besonders angeordnet wird, oder wo diese sich aus dem besonderen Zwecke der Vorschrift ergibt. Hieraus folgt, daß die Parteien über öffentliche Rechte grundsätzlich nicht verfügen können. Andernfalls würde man den unzulässigen Konventionalprozeß gestatten, und ein Ergebnis zeitigen, das mit dem Wesen des Prozeßrechts als eines dem Privatrecht übergeordneten Rechts nicht in Einklang zu bringen ist. Hieraus ergibt sich dann die prozessuale Unwirksamkeit des vorgängigen Rechtsmittelverzichts.

Bekämpfer der herrschenden Meinung sind Hellwig[36], Walsmann[37], Trutter[38], Engelmann[39], Goldschmidt[40] und vor allem

35) Dies ist auch in der Entscheidung des RG. in JurW. 03 Nr. 121 der Fall.
36) Lehrb. I, 168; System I. § 151 I; Anspruch u. Klagrecht, 160 N. 3; Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft, 90 N. 39.
37) AZP. 102, 208.
38) Prozessuale Rechtsgeschäfte, 402.
39) Zivilprozeß, 359.
40) Prozeß als Rechtslage, 311—12; N. 1616; N. 2435 a.

Oertmann[41], der aus ähnlichen Erwägungen zu dem gleichen Ergebnis kommt.[42]

Es fragt sich nun, ob der vorgängige Rechtsmittelverzicht, der keine prozessuale Wirksamkeit hat, überhaupt jeglicher Rechtswirkung entbehrt. Oertmann[43] meint, es sei denkbar, „daß die Parteien mit dem, was sie Rechtsmittelverzicht nannten, in Wahrheit nichts als eine materiellrechtliche Anordnung beabsichtigt haben. die Rechtslage soll so gestaltet werden, wie es dem Inhalt des zu erlassenden künftigen Urteils entsprechen wird". Man könnte den Verzichtsvertrag als einen bedingten, inhaltlich durch das demnächst ergehende Urteil bestimmten Anerkenntnisvertrag — wenn vom Beklagten vorgenommen —, bezw. Verzichtsvertrag — wenn vom Kläger vorgenommen — auffassen.[44] Im Hinblick auf die durch das Anerkenntnis oder den Verzicht geschaffene materielle Rechtslage ist das Rechtsmittel als unbegründet zurückzuweisen.

Dieser Auffassung muß man jedoch sehr skeptisch entgegentreten, zumal sie Oertmann auf den Fall der Berufung beschränkt. Schränkt er doch seine Ansicht noch weiter ein, als er diese Wirkung des Verzichts auf die Berufung nur dann eintreten läßt, wenn vermögensrechtliche Streitigkeiten Gegenstand des Verfahrens bilden.[45] Sodann ist die von ihm verwandte Umdeutung sehr gewagt. Man müßte sie jedenfalls dann versagen, wenn nicht festgestellt werden kann, daß die verzichtende Partei den materiellen Anspruch tatsächlich bedingt anerkennen, bezw. auf ihn verzichten wollte. Dies müßte von Fall zu Fall genau geprüft werden.

Im übrigen muß aber dem Verzichte jegliche zivilrechtliche Wirksamkeit versagt werden. Eine Verletzung des Vertrages kann aus den gleichen Gründen, wie den oben im § 2 beim Verzicht auf das Klagrecht angeführten, keine Schadensersatzpflicht begründen oder eine Vertragsstrafe verwirken.

Prozessual und zivilistisch bedeutungslos sind auch Verträge, die die Einlegung einer Beschwerde beschränken. Das Beschwerderecht ist ebenfalls ein Ausfluß des dem Privaten vom Staate gewährten allgemeinen Rechtsschutzes. Die hier vertretene Ansicht läßt die Unwirksamkeit eines vertraglichen Vorverzichts auf

---

41) ZZP. 45, 389 ff.

42) Vgl. auch Schwarz in Gruch. 58, 350 ff.

43) A. a. O., 424. Selbst, wenn dies nicht zutrifft, will er dasselbe Ergebnis durch Verwendung einer Umdeutung im Sinne des § 140 BGB. erreichen.

44) So Petersen 1 zu § 514; Hellmann, Lehrb., 645.

45) A. a. O. 425—26. Bei sonstigen Verhältnissen und dann, wenn durch den Verzicht die Revision ausgeschlossen werden soll, läßt Oertmann nur eine Schadensersatzpflicht als materielle Folge der Verletzung des Verzichts eintreten. Beim Einspruchsverzicht soll aber diese Folge nicht eintreten.

die Beschwerde ohne weiteres erkennen. Die Parteien wissen nicht im Voraus, wie sich das Verfahren gestaltet und welche von den ihnen zur Verfügung stehenden Beschwerden sie gebrauchen werden. Sie werden deshalb eine Beschränkung der Beschwerde nur während des Prozesses, wenn auch außerprozessual, vornehmen können. Aber auch dann würden sie das gesetzliche Verfahren in einer unzulässigen, konventionellen Weise beeinträchtigen können.

Ebenso wären Verträge über die Beschränkung der außerordentlichen Rechtsmittel, der Nichtigkeits- und Restitutionsklage, zu beurteilen. Aus ganz allgemeinen Erwägungen ergibt sich, daß vor Erlaß des Urteils weder auf die Geltendmachung der Nichtigkeits- oder Restitutionsgründe im allgemeinen, noch auf Geltendmachung eines bestimmten Nichtigkeits- oder Restitutionsgrundes verzichtet werden kann.[46] Ein solcher Verzicht würde ein gesetzwidriges Verhalten gutheißen. Er würde den Verzichtenden im Voraus des Mittels berauben, ein durch strafbare Handlungen erlangtes Urteil zu beseitigen. Die Sittenwidrigkeit solcher Verträge ist offenbar.[47]

§ 6.

Die Unzulässigkeit des Vorverzichts auf prozessuale Rechte zeigt sich besonders bei dem vorprozessualen Verzicht auf das Rügerecht nach § 295 ZPO. Könnten die Parteien diesen Verzicht bereits vor Prozeßbeginn vereinbaren, so stände es ihnen frei, einen dem Gesetz zuwider laufenden Prozeß zu führen. Die Verletzung einer prozessualen Verfahrensvorschrift wäre als erlaubt anzusehen. Die Rüge wäre im Voraus wirkungslos. Eine solche Folge darf aber nicht eintreten. Der Vorausverzicht auf das Rügerecht kann zwar, wie Fitting[1] als Vertreter der Gegenansicht hervorhebt, den Geschäftsgang vereinfachen und evtl. Kosten ersparen. Diese recht dürftigen Vorteile dürfen aber nicht durch die Zulassung eines Konventionalprozesses herbeigeführt werden. Die in der Literatur[2] und der Praxis[3] überwiegende Ansicht lehnt daher die Zulässigkeit des Vorausverzichts auf das Rügerecht grundsätzlich ab.

---

46) Nach Erlaß des Urteils kann nur auf bekannte Nichtigkeits- oder Restitutionsgründe verzichtet werden.

47) G. A. v. Seuffert, 3 vor § 578; Struckmann-Koch, 3 vor § 578, Stein-Jonas, VI vor § 578; Kohler, Gruch. 31, 289.

1) ZZP. 11, 42.

2) Skonietzki-Gelpcke, 5 zu § 295 mit weiteren Nachweisen.

3) RG. in SA. 61 Nr. 260.

Unzulässig ist weiter ein Vorausverzicht auf die Geltendmachung prozeßhindernder Einreden. Die Rechtsordnung kann es nicht billigen, daß der in einen Rechtsstreit verwickelten Partei von vornherein die Möglichkeit genommen wird, mangelnde Prozeßvoraussetzungen geltend zu machen. Auch hier würde das Recht des einzelnen, vom Staate Rechtsschutz zu verlangen, durch Parteivereinbarung beeinträchtigt werden.

Der vertragliche Ausschluß der Widerklage ist aus den gleichen Gründen für unzulässig zu halten. Das Gleiche gilt von Vereinbarungen, die es einer Partei untersagen, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung herauszubringen.

Die Parteien können auch nicht vereinbaren, anstelle der gesetzlichen Verfahrensart solle ein für ganz andere Fälle vorgesehenes Verfahren treten. Sie dürfen z. B. eine Sache nicht im Arrestprozeß verhandeln, wenn ein Arrestverfahren nicht gegeben ist; sie dürfen nicht im Urkundenprozeß klagen, wenn dieser ausgeschlossen ist.

Verträgen, welche den Kläger zwingen, Ansprüche, die zur Geltendmachung im Urkunden- oder Wechselprozeß geeignet sind, nur im ordentlichen Verfahren zu verfolgen, muß eine prozessuale Wirksamkeit versagt werden. Dies folgt jedoch nicht aus dem von Kohler[4] angenommenen Grunde, das sonst eine sachliche, im Interesse des Gerichts liegende Erledigung des Prozesses verhindert würde, sondern lediglich daraus, daß der Richter nur zu prüfen hat, ob das Vorgehen des Klägers prozessual ordnungsmäßig ist. Die Parteien können zwar über das ihnen zustehende Wahlrecht, ob sie in der besonderen Prozeßart oder im ordentlichen Verfahren prozessieren wollen, Vereinbarungen treffen. Diese würden aber höchstens schuldrechtliche Wirkungen ausüben. Prozessuale Befugnisse können durch sie nicht geschmälert werden. Trotz der dem Beklagten gegebenen außergerichtlichen Zusicherung, vom Urkundenprozeß keinen Gebrauch machen zu wollen, wird der Kläger in der Wahl der Prozeßart nicht gehindert. Der Beklagte kann aus dem schuldrechtlichen Vertrage keinen Anspruch darauf herleiten, daß der Kläger in das ordentliche Verfahren übergehen müsse.

Der Vertrag kann auch zivilrechtlich keine Folgen haben. Eine materielle Wirkung ist abzulehnen, denn die Rechtsordnung kann einer Klage auf Schadensersatz wegen privatrechtlich unerlaubter Ausübung eines publizistisch erlaubten Rechts nicht stattgeben.[5], [6]

4) Gruch. 31, 310.
5) Vgl. oben S. 11/12.
6) a. A. v. Seuffert, 1 a. E. vor § 592.

Ohne jede Wirkung ist die Vereinbarung der Parteien, eine Zustellung solle keine Wirkung haben, wenn durch diese eine Notfrist in Lauf gesetzt wird. Steht die ordnungsmäßige Zustellung fest, so ist die beiderseitige Erklärung der Parteien, aus ihr keine Rechte herleiten zu wollen, für das Gericht unbeachtlich, denn die Vorschriften über Notfristen enthalten zwingendes Recht.[7]

§ 7.

Zu den Verträgen, die den Parteien innerhalb des gesetzlichen Verfahrens den Gebrauch prozessualer Möglichkeiten beschränken wollen, ist nunmehr Stellung zu nehmen. Das Gesetz gibt den Parteien die Möglichkeit, Handlungen vorzunehmen, die nur ihrem eigenen Interesse zu dienen bestimmt sind. Eine solche Möglichkeit liegt z. B. in der Fähigkeit der Partei, die Behauptung des Gegners zu bestreiten. Es sind Verträge denkbar, die eine Partei verpflichten, von der ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeit keinen Gebrauch zu machen, oder durch die sie auf den Gebrauch einer prozessualen Möglichkeit verzichtet. Die Gültigkeit eines solchen Verzichts erscheint sehr fraglich. Ist es doch äußerst bedenklich, die allgemeinen Verzichtsgrundsätze, die sich nur mit dem Verzicht auf ein Recht befassen, auch bei einer Verfügung über prozessuale Möglichkeiten anzuwenden.

Diese Bedenken zeigen sich besonders bei der Frage, ob eine Partei überhaupt auf die Verteidigung verzichten kann. Diejenigen, welche einen solchen Verzicht für zulässig halten, betrachten die Bestreitungsmacht, die den Gegner zum Beweise der bestrittenen Tatsache nötigt, als ein Recht auf Beweis.[1] Der Bestreitende hätte demnach das Recht, vom Prozeßgegner eine Beweisführung zu verlangen. Ein solches Recht ist aber unhaltbar, denn der „Berechtigte" hat ein weit größeres Interesse daran, daß die beweisbelastete Partei den Beweis nicht erbringt. Ein Recht auf Vornahme von Handlungen, die nur auf ein Unterliegen des Berechtigten im Prozeß gerichtet sind, hat überhaupt keinen Sinn.[2] Ein solches „Recht" kann rechtlich kein Recht sein. Auch das Gericht hat kein Recht, von den Parteien eine Beweisführung zu verlangen. Im Verhältnis der Parteien zum Gericht gibt es nur da Pflichten, wo dies ein öffentliches Interesse erfordert. Wenn der Urteilsfin-

---

7) RG. in JurW. 16, 1340.
1) v. Cannstein, ZZP. 16, 51; Schneider, Treu und Glauben i. Zivilprozeß, 4—5.
2) Rosenberg, Beweislast, 71.

dung beispielsweise Schwierigkeiten begegnen, kann einer Partei die Pflicht zum persönlichen Erscheinen vor Gericht auferlegt werden. Es gibt aber keine Pflicht der Parteien, Behauptungen aufzustellen oder Beweise anzutreten. Betrachtet man das „Verteidigungsrecht" als ein Recht gegen den Staat[3], so zeigt sich, daß ein solches Recht überhaupt überflüssig ist, denn dieses an den Staat gerichtete Verlangen stellt einen Ausfluß des allgemeinen Rechtsschutzrechts dar. Ein hierfür geschaffenes besonders Recht hat keine Daseinsberechtigung. Die prozessuale Verteidigungsmöglichkeit ist also überhaupt kein subjektives Recht, sondern eine dem Privaten rechtlich zugestandene Fähigkeit, deren Handhabung in sein freies Belieben gestellt ist. Diese publizistische Gestaltungsfähigkeit ist eine rechtliche Eigenschaft des Privaten, über die er privatrechtlich nicht verfügen kann. Er kann sich ihrer weder durch Abtretung an einen anderen entledigen, noch kann er sie durch einen Verzicht völlig zum Erlöschen bringen. In Ermangelung eines verzichtbaren Rechts ist ein Verzicht auf die Verteidigung unwirksam.

Aber auch die Gültigkeit obligatorischer Verträge, die die Parteien zum Nichtgebrauch prozessualer Möglichkeiten verpflichten, ist stark zu bezweifeln. Das Gesetz gewährt den Parteien prozessuale Gestaltungsmöglichkeiten, damit sie sich ihrer zur gegebenen Zeit bedienen können. Voraussetzung hierfür ist wieder, daß sie den Parteien jederzeit zugänglich sind. Der Staat ist verpflichtet, seinen Machtunterworfenen rechtliches Gehör zu verschaffen; er hat also auch dafür zu sorgen, daß diese Möglichkeiten stets vorhanden sind. Den Parteien steht es zwar frei, von ihnen nach Belieben Gebrauch zu machen. Es ist dies jedoch nur unter der Voraussetzung gestattet, daß das Wahlrecht auch noch in dem Augenblick besteht, in welchem die Partei von ihrer prozessualen Möglichkeit durch ein Verhalten dem Gericht gegenüber Gebrauch machen **kann.** Dies ergibt sich aus dem der Prozeßordnung innewohnenden Grundgedanken, der den Parteien ein freies Walten nur dann erlaubt, wenn sie die Folgen ihres Handelns bereits übersehen können. Eine vorherige Ausschließung des Wahlrechts kann daher nicht zugelassen werden.[4]

Auf alle Fälle ist aber ausgeschlossen, daß derartige Verträge den Prozeß unmittelbar beeinflussen können. Dies folgt schon aus der Natur des obligatorischen Vertrages. Verpflichtet sich eine

3) So Planck, Lehrb. I, 201.
4) Vgl. hierzu Hellwig, System I, § 140, 2.

Partei vertragsmäßig, das Vorbringen der Gegenpartei nicht zu bestreiten, so gebietet der Vertrag ihr zwar ein vertragsmäßiges Verhalten. Weitere Wirkungen kann er aber nicht hervorrufen. Insbesondere kann er niemals aus sich heraus eine rechtliche Situation schaffen, die den Richter zwingt, die Verteidigung als vertragswidrig zurückzuweisen. Der Vertrag, der eine Partei zum Nichtbestreiten einer bestimmten Tatsache oder des gesamten Vorbringens der Gegenpartei verpflichtet, ist prozessual ebenso unwirksam, wie das Versprechen, ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen.

Nicht anders ist m. E. die Frage nach der zivilrechtlichen Wirksamkeit solcher Verträge zu beurteilen. Kohler[5] läßt zwar diese Vereinbarung „indirekt“ wirksam werden, indem die Zuwiderhandlung eine Entschädigungspflicht begründen soll. Man kann diese Ansicht nicht einfach damit begründen, daß eine Erscheinungs- und Einlassungspflicht nicht bestehe. Ihr ist gerade entgegenzuhalten, daß der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand niemals von der Rechtsordnung als rechtswidrig angesehen werden kann. Sorgt die Rechtsordnung dafür, daß der Partei die Ausübung prozessualer Möglichkeiten jederzeit freisteht, so kann das Gericht einen Schadensersatz nicht deshalb zubilligen, weil eine Partei von der ihr zustehenden Möglichkeit Gebrauch gemacht hat. Die publizistische Rechtmäßigkeit konsumiert auch hier die zivilrechtliche Unrechtmäßigkeit. Ein Verzicht auf die künftige Verteidigung ist überhaupt nur denkbar, wenn im Einverständnis der Parteien eine unberechtigte Klage erhoben wird. Die Zulässigkeit solcher Scheinprozesse ist aber abzulehnen.[6, 7] Sie werden meist nur deshalb vorgenommen, um mit dem Urteil ein Pfändungspfandrecht oder eine Urteilshypothek zu erlangen. Ersteres geschieht gewöhnlich zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung. Die Rechtsordnung kann daher Scheinprozesse nicht billigen. Die Verletzung der auf Unterlassung des Gebrauchs prozessualer Möglichkeiten gerichteten Vertrages kann eine Schadensersatzpflicht nicht begründen.[8]

Kohler läßt auch die Hinzufügung einer Konventionalstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung zu. Dies führt aber zu praktisch unmöglichen Ergebnissen. Wird die Vertragsstrafe in Höhe der Klagforderung festgesetzt, so könnte der Kläger dem Beklagten alle

5) Gruch, 31, 299.

6) Hegler, Beitr. 81, sieht im prozessualen Anerkenntnis im Scheinprozeß einen Mißbrauch dieses Instituts, nicht ein Rechtsgeschäft.

7) Vgl. über die Frage des Scheinprozesses, die über den Rahmen dieser Arbeit hinausgeht, besonders Sintenis, ZZP. 30, 358 ff; Reichenheim, 47 ff.

8) G. A. Hellwig, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft, 89—90; RG. 36, 249.

Einwendungen, auch die nach Abschluß der Vereinbarung entstandenen, abschneiden. Der Beklagte könnte alsdann durch seine Verteidigung zwar die Abweisung der Klage erreichen, würde aber gleichzeitig die Vertragsstrafe verwirken. Dies ist eine ungerechte und unsittliche Knebelung des Schuldners. Hierzu darf das Gericht nicht durch eine Verurteilung zur Zahlung einer Vertragsstrafe beitragen.

Nicht anders zu beurteilen sind Verträge, die den Ausschluß bestimmter Beweismittel bezwecken. Wenn auch der Beweisantritt der freien Verfügung der Parteien unterliegt, so muß man doch aus den bei der vorherigen Beschränkung der Verteidigung genannten Gründen den Ausschluß von Beweismitteln, die erst in Zukunft vorgebracht werden können, für unzulässig halten.[9] Es ist jedoch nichts dagegen einzuwenden, wenn sich die Parteien während des Prozesses über den Ausschluß bestimmter Beweismittel einigen, denn hier ist die Möglichkeit des Beweisantritts bereits gegenwärtig.[10]

Nichtig sind auch Verträge, die den Richter in der freien Würdigung des Beweises beschränken wollen, indem bestimmte Tatsachen kraft Parteiwillkür als bewiesen gelten und die Grundsätze der richterlichen Beweiswürdigung ausgeschlossen sein sollen. „Solche Verträge sind in der Tat unzulässig und nichtig, weil sie einen Eingriff in die Urteilstätigkeit des Richters enthalten, die richterliche Ueberzeugung nicht Gegenstand von Parteiabreden sein kann."[11] Ihre Nichtigkeit wird allgemein anerkannt.[12]

Ebenso wirkungslos sind Verträge, die auf Abänderung der Beweislast gerichtet sind. Die Beweislast ist als etwas Prozessualisches der Parteiverfügung entzogen.[13]

Anders verhält es sich jedoch mit Verträgen, welche die Verteilung der Beweislast beim Versagen der gesetzlichen Regeln bezwecken. Diese Verträge wollen die Ungewißheit einer Tatsache der einen oder anderen Partei nur dann auferlegen, wenn der Richter auf Grund der erbrachten Beweise eine Tatsache weder als

---

9) G. A. Struckmann-Koch, 7 zu § 282; v. Seuffert, 1 Abs. 5 zu § 283. A. A. Skonietzki-Gelpcke, 2 vor § 355; Stein-Jonas, VII zu § 282. Vgl. § 14 Abs. 2 Ziff. 2 EGZPO.

10) Nur aus diesem Grunde kann die Entscheidung des RG. in RG. 96, 59 gehalten werden.

11) Rosenberg, Beweislast, 109.

12) Vgl. Bülow, AZP. 64, 63 ff; Struckmann-Koch, 5 zu § 286; Leonhard, Beweislast, 198,3; RG. 96, 59, 23; 140. RG. in SA. 44, Nr. 103. Sydow-Busch, 5 zu § 286. A. A. RG. Recht 24 Nr 545.

13) G. A. Hellwig, System 1, 496 a. E.; Stein-Jonas, IV Note 67 zu § 282; Förster-Kann, 4 b cc zu § 282; Kohler, Gruch. 31, 306; Baumbach, 3 vor § 282; Neukamp, 2 a zu § 355; RG. JurW. 01, 57[3].

wahr noch als unwahr erachtet. Wollen sie nur für diesen Fall Vorsorge treffen, so wird man gegen ihre Zulässigkeit und Wirksamkeit nichts einwenden können. Sie ändern die gesetzlichen Beweislastregeln nicht ab und ermöglichen bei deren Unzulänglichkeit überhaupt eine Entscheidung.[14]

Privatrechtliche Verträge werden zuweilen in die Form von Beweislastverträgen gekleidet.[15] Richten sich diese Verträge auf eine Abänderung der gesetzlichen Beweislast, so sind sie ohne weiteres nichtig. Beweislastfragen dürfen nicht durch Form und Fassung materieller Abreden geregelt werden.[16] Allerdings ist es möglich, daß die Parteien durch einen derartigen Vertrag gewisse Rechtsfolgen an den Beweis bestimmter Tatsachen knüpfen wollen. Das Beweisergebnis bildet dann die materielle Voraussetzung des Anspruchs selbst. Eine solche Vereinbarung ist gültig. Sie ist aber kein Beweislastvertrag, sondern ein rein zivilistischer Vertrag.[17] Derartige Abreden findet man häufig in Versicherungsverträgen. Die Verpflichtung der Versicherungsgesellschaft zum Schadensersatz soll nur dann eintreten, wenn der Schaden in vorgeschriebener Weise festgestellt ist. Der Rechtsstreit betrifft dann nicht mehr die Frage, ob und in welchem Umfang ein Schaden entstanden ist, sein Ziel ist vielmehr die Feststellung, ob der Schaden in der vorgeschriebenen Weise nachgewiesen ist.[18] Dies ist aber keine Abänderung der Beweislast mehr.

Es wird nun behauptet, daß die in Kaufverträgen häufige Klausel „Kassa gegen Konnossement“ oder „Kassa gegen Faktura“ einen Beweislastvertrag enthalte.[19] Eine solche Abrede nötigt den Käufer, die Mängel der Ware zu beweisen, deren Abnahme und Bezahlung er verweigert. Dies wäre tatsächlich eine Abweichung von der gesetzlichen Regel, die dem Verkäufer die Beweislast für die Vertragsmäßigkeit der Ware auferlegt.[20] Trotzdem liegt aber in einem solchen Falle eine gewillkürte Umkehrung der Beweislast nicht vor. Die Klausel „Kassa gegen Konnossement“ verpflichtet den

14) Rosenberg a. a. O. 108 ff. erkennt Beweislastverträge überhaupt nur in diesem Sinne an. Ihm ist entgegenzuhalten, daß es Verträge, die die Beweislast in einer von der gesetzlichen Regel abweichenden Weise verteilen wollen, sehr wohl geben kann.

15) Vgl. Kohler, Gruch. 31, 307.

16) Dies darf keinesfalls deshalb zugelassen werden, weil „vielfach unsere Gesetze materiellrechtliche Vorschriften in das Gewand von Beweislastnormen kleiden oder die Verteilung der Beweislast durch Fassung und Form der materiellen Normen andeuten.“ Diese Ansicht Rosenbergs, a. a. O. 110 oben, ist m. E. unrichtig, denn das, was dem Gesetzgeber gestattet wird, ist dem Privatmann noch lange nicht erlaubt.

17) G. A. Stein-Jonas IV und VII, zu § 282; Struckmann-Koch, 5 zu § 286; Förster-Kann, 4 b cc zu § 282; a. A. Leonhard a. a. O. 198.

18) RG. 20, 402; OLG. Hamburg SA. 44, Nr. 59.

19) So Rosenberg, a. a. O. 110.

20) RG. 47, 145; 59, 25. RG. in Recht 1922 1665. Staub, Anm. 127 zu § 377.

Käufer zur Zahlung des Kaufpreises gegen Uebergabe des Konnossements. Es ist dies ein Kaufvertrag eigener Art, bei dem die Uebergabe der Ware durch die Uebergabe des Konnossements ersetzt wird. In einem Rechtsstreit, der aus einem solchen Kaufgeschäft entsteht, kommen nun nicht die gesetzlichen Beweislastregeln des Kaufvertrages zur Anwendung, sondern diejenigen, die sich aus diesem besonderen Vertrage ergeben. Bei dieser Vertragsart ist nun eben die Verteilung der Beweislast anders als beim gewöhnliche Kaufvertrage. Diese Folge läßt aber die Rechtsordnung, nicht die Parteiwillkür, eintreten. Ein prozessualer Beweislastvertrag liegt also auch hier nicht vor.

Die nach § 885 HGB. im Seeversicherungsvertrage zugelassene Klausel, durch welche der dem Versicherten obliegende Beweis ganz oder teilweise erlassen werden kann, ist kein Beweislastvertrag, sondern lediglich eine Erleichterung der Geltendmachung des Versicherungsanspruchs.[21]

Zulässig sind Beweissicherungsverträge. Diese üben gemäß § 485 ZPO. eine direkte prozessuale Wirkung aus. Schon vor Prozeßbeginn können die Parteien die Sicherung des Beweises vereinbaren. Das Gericht hat die beantragten Maßnahmen zu treffen, ohne zu prüfen, ob der Verlust des Beweismittels zu befürchten ist.[22]

§ 8.

Während die bisherigen Erörterungen prozessuale Verträge betrafen, die außerhalb des Prozesses abgeschlossen werden können, soll im folgenden zu den innerhalb des Prozesses getätigten Vereinbarungen Stellung genommen werden.

Zunächst käme der nach Klageerhebung getätigte Gerichtsstandsvertrag in Frage. Hat der Kläger vor einem unzuständigen Gericht eine Klage erhoben, so kann er mit dem Beklagten die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts vereinbaren. Dies ist unter denselben Voraussetzungen wie beim vorprozessualen Prorogationsvertrage zulässig, soweit es sich um vermögensrechtliche Streitigkeiten handelt, für die kein ausschließlicher Gerichtsstand gegeben ist. Das Gesetz kennt eine Vereinbarung durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenseinigung (§ 38 ZPO.). Letztere kann durch vorbereitende Schriftsätze erfolgen, wenn der beiderseitige Vertragswille zum Ausdruck gebracht wird.[1] Sie kann auch

21) G. A. Förster-Kann, 4 b cc zu § 282.
22) Der innerprozessuale Beweissicherungsvertrag hat durch § 272 b ZPO. an Bedeutung verloren.
1) Vgl. Wach, AZP., 62, 391.

in dem übereinstimmenden Antrag auf Verweisung des Rechtsstreits an ein anderes Gericht liegen. Läßt der Beklagte sich vor dem unzuständigen Gericht auf die Klage ein, indem er, ohne die Unzuständigkeit des Gerichts zu rügen, zur Hauptsache verhandelt, so nimmt das Gesetz an, daß die Parteien einen stillschweigenden Prorogationsvertrag abgeschlossen haben (§ 39 ZPO.). Wird aber ohne ausdrückliche Vereinbarung vor dem Amtsgericht eine Klage erhoben, deren Streitgegenstand die amtsgerichtliche Zuständigkeit überschreitet, so hat der Richter gemäß § 504 Abs. 2 ZPO. den Beklagten auf die mangelnde Zuständigkeit hinzuweisen. Hierdurch soll vermieden werden, daß eine rechtsunkundige Partei durch die als Folge ihres Schweigens unterstellte „stillschweigende Vereinbarung" zu einer ungewollten Verhandlung vor dem Amtsgericht gezwungen wird.

Es wird nun behauptet, die Parteien könnten Gerichtsstandsverträge in jedem Stadium des Prozesses abschließen.[2] Solche Abreden sind prozessual bedeutungslos. Ist die Zuständigkeit des Gerichts durch Verhandlungen der Parteien zur Hauptsache begründet, so kann die Vereinbarung eines anderen Gerichtsstandes nach § 236 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. keine Wirkung auf den anhängigen Prozeß ausüben. Die Vereinbarung kann lediglich dahin führen, daß der Kläger die Klage zurücknimmt,[3] und der Prozeß von neuem bei dem vereinbarten Gericht durch Klageerhebung anhängig gemacht wird. Keinesfalls kann der Prozeß im gleichen Stadium auf das prorogierte Gericht übergehen.[4]

Ebenso zu beurteilen sind Verträge, die die Aufhebung eines vereinbarten Gerichtsstandes bezwecken. Sie sind nur gültig, wenn sie vor Einlassung der Parteien zur Hauptsache getätigt sind.[5]

Die Kundbarmachung des Gerichtsstandsvertrages im Prozesse geschieht durch eine Erklärung oder ein Verhalten der Parteien dem Gericht gegenüber. Insoweit ist die Vereinbarung auch Prozeßhandlung.

Die Verfügung der Parteien über Fristen und Termine ist durch die Neuordnung des Zivilprozesses in der Fassung der ZPO. vom 13. 5. 1925 stark eingeengt. Früher konnten die Parteien Fristen, mit Ausnahme der Notfristen, nach Belieben durch Vereinbarung verlängern und verkürzen. Heute dürfen sie nur eine

2) Stein-Jonas, II 1 b zu § 38.
3) Siehe oben §2 S. 13 ff.
4) Vgl. OLG. Stettin Rsp. 5, 84.
5) G. A. Wach, Handb. 510, a. A. Hellwig, Lehrb. II, 279, der diese Verträge nur bis zur Klageerhebung mit Rücksicht auf § 236 Abs. II Ziff. 2 ZPO. zulassen will.

Abkürzung derselben vereinbaren (§ 224 ZPO.). Die Aufhebung eines Termins durch Parteivereinbarung (§ 227 a. F.) ist beseitigt. Ebenso das vereinbarte Ruhen des Verfahrens (§ 251 a. F.).

Ueber die Art und Weise der prozessualen Sicherheitsleistung sind Vereinbarungen der Parteien gemäß § 108 ZPO. möglich.

Auch die nach § 404 Abs 4 ZPO. zulässige Einigung der Parteien über die Auswahl von Sachverständigen ist ein prozessualer Vertrag. Diese Einigung muß dem Gericht vor Ernennung der Sachverständigen (§ 405 ZPO.) angezeigt werden. Das Gericht muß die gewählten Sachverständigen hören, es kann aber gemäß § 412 ZPO. nach Vernehmung dieser Sachverständigen erneute Begutachtung durch andere anordnen.

Eine prozessuale Vereinbarung ist auch die im § 450 ZPO. vorgesehene Einigung der Parteien, daß die Beschränkungen der §§ 445, 448 und 449 ZPO. bei der Eideszuschiebung nicht zur Anwendung kommen sollen.[6]

Die Parteien können vereinbaren, daß der Schwurpflichtige auch Tatsachen, die nicht Gegenstand seiner Wahrnehmungen sind, beschwören soll (§ 445 ZPO.). Die Leistung des Eides über fremde Handlungen und Wahrnehmungen erfolgt gemäß § 459 Abs. 3 ZPO. in der Ueberzeugungsform. Eine hiervon abweichende Abrede ist unzulässig.[7] Es kann auch vereinbart werden, daß die Zurückschiebung eines Eides, obgleich sie nach § 449 ZPO. unstatthaft ist, zulässig sein soll, oder daß anstelle einer Partei ein Dritter den zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid leisten soll.[8] Durch Vereinbarung kann z. B. in einem Alimentenprozeß die Mutter des unehelichen Kindes zum Eide über die mehreren Beischläfer zugelassen werden.[9] Die Zustimmung des Dritten[10] zur Eideszuschiebung ist nicht erforderlich.

Andere Bestimmungen über die Eideszuschiebung können die Parteien nicht durch Vereinbarung beseitigen. Unzulässig ist daher die vereinbarte Zuschiebung eines Eides an eine nicht beweispflich-

---

6) A. A. Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, Note 2426, mit der Annahme, daß „es sich hier um übereinstimmende Zustimmungserklärungen der Parteien zu der gerichtlichen Festsetzung von Eidesthema und Eidesnorm“ handele. G. übersieht, daß die Vereinbarung auch auf die Befreiung der in § 450 genannten Beschränkungen gerichtet sein kann.

7) RG. Gruch. 32, 736.

8) RG. JurW. 99, 434 11.

9) KG. Rsp. 11, 85.

10) Der Dritte ist von der schwurpflichtigen Partei im Eidestermin zu stellen. Da er nicht Partei ist, und in keiner Weise am Prozeß beteiligt ist, braucht er weder vom Gericht, noch von der zuschiebenden Partei geladen werden. Erscheint er im Schwurtermin nicht, so kommen die §§ 463 ff ZPO. zur Anwendung. Vgl. Stein-Jonas, III zu § 450; Förster-Kann, 4 zu § 450; Meyer, Gruch. 35, 606 ff.

tige Partei. Dies folgt schon daraus, daß § 450 ZPO. den § 447 ZPO. nicht erwähnt. Aus dem Schweigen des Gesetzes ist zu entnehmen, daß die Parteien die in § 447 ZPO. enthaltene Bestimmung nicht außer Kraft setzen dürfen.[11] Eine solche Abrede würde auch die gesetzlichen Beweislastregeln in unzulässiger Weise abändern. Ebenso unstatthaft ist die vereinbarte Zuschiebung eines Eides über eine bereits widerlegte oder unerhebliche Tatsache (§ 446 ZPO.). Die Eidesnorm muß sich, wie § 450 ZPO. ausdrücklich hervorhebt, auf Tatsachen beziehen. Die Parteien können daher durch eine Einigung nach § 450 ZPO. nicht bewirken, daß das Gericht eine Eidesleistung über eine Rechtsfrage anordnet.

Das Gericht hat Parteivereinbarungen über die Eideszuschiebung nur dann zu beachten, wenn dieselben durch übereinstimmende Erklärungen in der mündlichen Verhandlung mitgeteilt werden. Diese Erklärungen der Parteien, aus denen sich die nach § 450 ZPO. erforderliche Einigung ergibt, sind Prozeßhandlungen. Sie sind rein prozessualer Natur und schaffen kein Vertragsverhältnis, sondern lediglich eine prozessuale Situation, die das Gericht befugt, entsprechende Anordnungen zu treffen.

Ausgeschlossen sind Vereinbarungen über Eidesfolgen. Die Parteien dürfen z. B. einen Vergleich nicht von der Leistung eines Eides abhängig machen. Die Zivilprozeßordnung sieht einen Vergleichseid nicht vor. Selbst wenn ein solcher Eid in einem Prozeßvergleich festgesetzt und einer Partei oder einem Dritten auferlegt werden sollte, ist der Prozeßrichter weder berechtigt noch verpflichtet, denselben abzunehmen.[12] Auch das FGG. enthält keine Bestimmungen über die Abnahme eines Vergleichseides. Ob dieser überhaupt von einer staatlichen Behörde abgenommen werden kann, richtet sich nach Landesrecht. Da das preußische Landesrecht eine Bestimmung hierüber nicht vorsieht, hält man Vergleichseide überhaupt für unzulässig.[13], [14]

In den Fällen, wo eine Partei nur mit Zustimmung der anderen handeln[15], oder wo das Gericht eine Handlung nur im Einverständnis beider Parteien vornehmen[16] oder unterlassen[17] darf, liegen keine prozessualen Vereinbarungen vor. Diese Einverständ-

---

11) A. A. Rosenberg, Beweislast, 112, wegen der unrichtigen Annahme, daß Beweislastverträge zulässig seien. G. A. Stein-Jonas, I 3 zu § 450; Förster-Kann, 2 b zu § 450.

12) OLG. Rostock, SA. 51 Nr. 262 Vgl. auch Hoffmann, Gruch. 27, 177—178.

13) Vgl. Skonietzki-Gelpcke, 4 zu § 451.

14) Ein solcher Eid steht nicht unter Strafschutz, RG.Strafs. 5, 94.

15) §§ 76 Abs. 3, 264, 265 Abs. 2, 271, 436, 515, 527 ZPO.

16) § 461 ZPO.

17) § 391 Abs. 2 ZPO.

niserklärungen sind lediglich „Doppelerklärungen“[18]. Sie schließen sich nicht zu einem Vertrage zusammen.

§ 9.

Die wichtigste innerprozessuale Vereinbarung ist der Prozeßvergleich.[1] Diese Vereinbarung soll das materielle Streitverhältnis und den darüber anhängigen Rechtsstreit vertraglich regeln. Der Prozeßvergleich kann nur nach Erhebung der Klage im Verfahren vor den ordentlichen[2] und besonderen[3] Gerichten abgeschlossen werden. Er muß zwischen den Parteien oder einer Partei und einem Dritten entweder vor dem Prozeßgericht oder einem beauftragten oder ersuchten Richter geschlossen werden. Er ist auch im Arrestprozeß zulässig[4]. Sein Zweck ist die gänzliche oder teilweise Beendigung eines Prozesses ohne Urteil. Trotzdem der Prozeßvergleich im Rechtsleben eine große Rolle spielt, bestimmt die Zivilprozeßordnung den Begriff des Vergleichs nicht, setzt diesen vielmehr voraus. Aus diesem Grunde liegt es nahe, den materiellen Vergleichsbegriff dem prozessualen Vergleich zugrunde zu legen.[5] Nach bürgerlichem Recht ist der Vergleich „ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird“. Auch diese im § 779 BGB. gegebene Definition des Vergleichs ist für den prozessualen Vergleich verwendbar. Schon durch das bloße Vorliegen eines Prozesses ist das Bestehen eines Streits regelmäßig gegeben. Ein formeller Rechtsstreit besteht stets, selbst bei einem evtl. Nichtbestreiten des Beklagten.[6] Auch das Begriffsmerkmal des gegenseitigen Nachgebens ist dem Prozeßvergleich eigen. Wie im materiellen Recht muß auch hier jedes tatsächliche Nach-

18) cf. Pollak, Geständnis, 52.

1) Auf die vielgestaltigen Theorien über die rechtliche Natur des prozessualen Vergleichs soll nur insoweit eingegangen werden, als dies zur Darlegung der diesseits vertretenen Ansicht über den Charakter der innerprozessualen Prozeßverträge geboten erscheint. Zweck der Arbeit ist nicht, die an und für sich schon fast unübersehbare Literatur über den Prozeßvergleich noch zu vergrößern.

2) § 794 Ziff. 1 ZPO.

3) §§ 41, Abs. 2, 57 Abs. 2, 76 Abs. 3, 78 GewGerGes., 16, 19 KaufmGerGes., 91 b Abs. 2 GewO.

4) KG. in Recht 22, 1301; Wurzer, 354. Zu formalistisch ist die Auffassung Steins, 2 a zu § 794, der einen Prozeßvergleich im Arrestverfahren deshalb nicht zulassen will, weil § 779, 794 ZPO. nur von Vergleichen redet, die „nach Erhebung der Klage“ geschlossen sind. Wie Stein, Warneyer, 23 zu § 794.

5) So die herrschende Meinung: Stein-Jonas, II 1 zu § 794; Petersen-Anger, 2 a zu § 794; Stonietzke-Gelpcke, 2 zu § 98; Falkmann, Zwangsvollstreckung, 60; Alsberg, ZZP. 39, 438; Rosenberg, Stellvertretung, 79; Wolf, AZP. 88, 162; Wurzer, JherJ. 62, 286; Kretschmar, Der Vergleich im Prozesse, 74, und die Praxis RG. 46, 943; 49, 106; 56, 335; 78, 287.

6) cf. Wurzer a. a. O., 289.

geben genügen. Es kann durch Aufgabe irgendwelcher prozessualer Befugnisse geschehen,[7] nicht etwa muß es bezüglich des materiellen Streitgegenstandes erfolgen.[8] Es ist deshalb sehr wohl möglich, einen Prozeßvergleich dahin abzuschließen, daß der Kläger auf den Anspruch verzichtet und die Kosten übernimmt, oder dahin, daß der Beklagte unter Uebernahme der Kosten den Anspruch anerkennt. Es kann nicht behauptet werden, daß in diesen Fällen die eine Partei nicht nachgebe und daß deshalb die Verwertbarkeit des materiellen Vergleichsbegriffs im Prozeßrecht unzulässig sei.[9] Das Nachgeben liegt im ersten Fall in einem Verzicht des Beklagten auf ein ihm nach § 306 ZPO. zustehendes, die Kostenfolge aussprechendes Urteil. Im zweiten Falle gibt der Kläger insofern nach, als er auf ein Anerkenntnisurteil gemäß § 307 ZPO. verzichtet.

Dieses Nachgeben in Bezug auf prozessuale Befugnisse wird von den Gegnern der herrschenden Meinung zu wenig beachtet. Sie betrachten daher den Vergleich als einen auf Beendigung des Prozesses gerichteten Vertrag. Durch ihn soll festgestellt werden, was der eine Teil auf Grund des streitigen Rechtsverhältnisses zu leisten hat. Die Zulässigkeit eines Prozeßvergleichs durch einseitiges Nachgeben sucht auch Lehmann[10], der den prozeßrechtlichen Vergleich nicht anders als den materiellen betrachtet, durch Annahme eines solchen Feststellungsvertrages zu rechtfertigen. Er behandelt diesen Vertrag wie ein Schuldanerkenntnis und verlangt für ihn Schriftform.[11] Als Schuldanerkenntnis müßte der Vergleich ein abstrakter Vertrag sein. Dies aber ist gerade nicht der Fall, denn „beim Vergleich wird die rechtliche Absicht mit in den Vertrag aufgenommen, er ist deshalb ein kausaler Vertrag".[12]

Die Ansicht der Gegenmeinung dürfte deshalb nicht richtig sein. Man wird vielmehr stets ein gegenseitiges Nachgeben der Parteien entweder auf materiellem oder prozessualem Gebiete als Voraussetzung eines jeden Prozeßvergleichs fordern müssen.

Auch über die prozessuale Wirkung des Vergleichs gibt die Zivilprozeßordnung keine Auskunft. Dies hat Anlaß zu den verschiedenartigsten Meinungen über die prozeßbeendigende Wirkung des Vergleichs gegeben. Diese Wirkung sucht man aus dem Wort-

7) So Planck, Lehrb. I, 304; v. Seuffert, 2 a zu § 794; RG. 20, 416.

8) Vgl. Goldschmidt, Prozeß a. Rechtslage, Note 2514; RG. in Gruch. 49, 109; Petersen-Anger a. a. O.

9) So Förster-Kann, 4 vor § 128; Baumbach, 1 zu § 494; Kohler ZZP. 29, 42; Paul, Vergleich im Zivilprozeß, 53, 70; Kleinfeller, Lehrb. 456; Simon, Zur Lehre vom Prozeßvergleich, 36.

10) Der Prozeßvergleich, 79, 102.

11) a. a. O. 95, 96.

12) Wurzer, a. a. O. 301.

laut der einzelnen Gesetzesbestimmungen abzuleiten.[13] § 160 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO. erwähnt zwar, daß der Vergleich den geltend gemachten Anspruch erledigen könne. Hieraus kann aber nur die materielle, nicht auch die prozessuale Erledigung des Rechtsstreits gefolgert werden. Die §§ 81 und 83 ZPO. können ebenfalls nicht herangezogen werden. Auch diese nennen ebenso wie § 160 ZPO. den Vergleich zusammen mit dem prozessualen Anerkenntnis und Verzicht. Diese „Akte schaffen nur eine Urteilsgrundlage, beendigen also den Rechtsstreit keineswegs".[14]

Der Prozeßvergleich wird auch als Urteilssurrogat angesehen.[15] Zur Begründung führt man an, daß durch den Abschluß des Vergleichs der Kläger auf den Angriff, der Beklagte auf die Verteidigung verzichte. Der Vergleich stellte im ersten Falle einen Ersatz des klageabweisenden Urteils dar. Im zweiten Falle ersetze er das den Beklagten verurteilende Endurteil. Diese Ansicht ist unhaltbar. Bestände der Vergleich aus einem Verzicht des Klägers auf den geltend gemachten Anspruch, bezw. aus einem Anerkenntnis des Beklagten, so müßte auf ihn gemäß §§ 306 oder 307 ZPO. ein Urteil ergehen. Der Vergleich würde nur die Grundlage eines Urteils bilden und könnte ebenso wie ein prozessuales Auerkenntnis oder Verzicht niemals ein Urteil ersetzen. Folgerichtig müßte aus dieser Ansicht geschlossen werden, daß der Vergleich den Prozeß nicht beendigt.[16], [17]

Der Vergleich kann somit ein Urteil nicht ersetzen, wohl aber kann er es überflüssig machen. Durch ihn regeln die Parteien ihr Streitverhältnis zivilrechtlich. Einigen sie sich aber, so besteht ein Streit, mit dem sich das Gericht befassen könnte, unter ihnen nicht mehr. Kohler[18] ist daher der Ansicht, daß der Vergleich das Urteil verdränge.[19] Stein[20] läßt die prozeßbeendigende Wirkung des Vergleichs wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses eintreten.

Diese Wirkung kann aber auch aus der Vollstreckbarkeit des Vergleichs gefolgert werden. Stellt das Gesetz den Vergleich hinsichtlich der Vollstreckbarkeit mit einem Urteil gleich, so ist anzu-

13) Lehmann, 43; Trutter, 433; Kretschmar, 53.
14) Lehmann a. a. O.
15) So Planck, Lehrb. I, 307; Kretschmar, 47. Letzterer mit historischer Begründung.
16) cf. Kretschmar, 64.
17) Unrichtig ist auch die Ansicht Pauls, 22, 29, der behauptet, der Prozeßvergleich sei, da kein Urteil wie beim Anerkenntnis oder Verzicht auf ihn erginge, der formellen oder materiellen Rechtskraft fähig. Das Urteil ist ein staatlicher Hoheitsakt, den die Parteien nicht ersetzen können. Sie entscheiden nicht den Prozeß, sondern lassen ihn gerade unentschieden.
18) ZZP. 29, 39.
19) Ebenso Josef, Gruch. 48, 558.
20) Stein-Jonas, 3 a zu § 794.

nehmen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers der Prozeßvergleich den Rechtsstreit ebenso wie ein Urteil abschließen soll. Die Erlangung eines vollstreckbaren Titels bildet normalerweise das Ziel eines jeden Rechtsstreits. Dabei ist zu bemerken, daß die Vollstreckbarkeit des Prozeßvergleichs eine endgültige, nicht nur eine vorläufige ist.[21]

Dem Willen der Parteien entspricht es auch, daß der Vergleich den Prozeß beendigt. Haben sich die Parteien über den Streitgegenstand materiell geeinigt, so haben sie kein Interesse mehr daran, daß der Prozeß weiter fortbesteht. Der Wille der Parteien ist auf Beendigung des Prozesses gerichtet.[22]

Hellwig glaubt diesen Parteiwillen nur in einem besonderen neben dem materiellen Neuordnungsvertrage stehenden „Prozeßerledigungsvertrage" zum Ausdruck bringen zu dürfen.[23] Er löst daher den Vergleich in zwei nach verschiedenen Rechten (Privat- und Prozeßrecht) zu beurteilende Verträge auf. Gegen diese Ansicht ist einzuwenden, daß die von ihr vorgenommene Scheidung des Vergleichs in zwei besondere Tatbestände durch nichts gerechtfertigt ist. Diese Trennung widerspricht auch der natürlichen Auffassung. Die Parteien wollen einen Vergleich mit allen seinen Wirkungen, nicht zwei verschiedene Verträge, abschließen. Vor Gericht wird der Vergleich, der den Streitgegenstand neu ordnet und die Prozeßbeendigung bewirkt, als einheitliche Handlung geschlossen. Haben sich die Parteien schon vor dem Termin außerhalb des Prozesses verglichen und geben sie diesen außergerichtlichen Vergleich vor Gericht zu Protokoll, so liegt in dieser Erklärung nicht der Abschluß eines Prozeßbeendigungsvertrages, sondern eine bloße Vollendung des bereits begonnenen Vertragsschlusses. Die außergerichtliche Regelung und dessen Verlautbarung an das Gericht sind nur verschiedene Stadien des Vergleichsschlusses.[24] Da der Vergleich schon aus sich heraus die Beendigung des Prozesses herbeiführt, ist die Schaffung eines besonderen Prozeßerledigungsvertrages überhaupt überflüssig.[25]

Das Gesetz verleiht dem Prozeßvergleich nur dann die Vollstreckbarkeit, wenn er zu richterlichem Protokoll genommen ist. Diese Erklärung vor Gericht ist eine Prozeßhandlung, denn sie übt auf den Gang des Verfahrens eine unmittelbare Wirkung aus.

21) Alsberg, ZZP. 39, 425—26; Wach. Gruch. 30, 790—91.
22) Wurzer, a. a. O. 311; Lehmann, 119—20, Alsberg, a. a. O. 430—31.
23) Lehrb. II, 388; Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft, 81—82.
24) Vgl. Wurzer, a. a. O. 320.
25) Vgl. Goldschmidt, Prozeß a. Rechtslage, Note 2514.

Sie führt die Beendigung des Prozesses herbei. Die prozessuale Wirkung dieser „Verlautbarung“[26] geht sogar weiter als die eines Anerkenntnisses oder Verzichts, die unstreitig als Prozeßhandlungen angesehen werden. Der gesamte prozessuale Vergleichstatbestand, der durch Erklärung vor Gericht zum Ausdruck gebracht wird, ist als Prozeßhandlung nur nach prozessualen Grundsätzen zu beurteilen.[27]

Der Prozeßvergleich ist somit ein Gebilde, daß teilweise materiellrechtlicher Vertrag, teilweise Prozeßhandlung ist. Er kann daher weder dem Privat- noch dem Prozeßrecht ausschließlich unterstellt werden. Man wird vielmehr beide Rechte auf ihn gleichmäßig zur Anwendung bringen müssen.[28, 29]

Die Beurkundung des Prozeßvergleichs ist, wie das Reichsgericht in RG. 48, 183 ausdrücklich hervorhebt, ein Akt der streitigen, nicht der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

§ 10.

Sühnevergleiche sind im wesentlichen nach gleichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Im Gegensatz zum Prozeßvergleich können Vergleiche dieser Art bereits vor Klageerhebung abgeschlossen werden. Sie sind zulässig im Verfahren über das Armenrechtsgesuch (§ 118 a ZPO.), im Güteverfahren vor einer Gütestelle (§ 495 a Abs. 1 Ziff. 1, § 499 g Abs. 1 Ziff. 1 ZPO.) oder im Eheverfahren vor den Amtsgerichten (§§ 608 bis 611 ZPO.). Da diese Vergleiche schon vor Anhängigkeit eines Prozesses vorgenommen werden, behauptet man, daß die Einigung der Parteien im Sühneverfahren nichts anderes sei, als ein Vergleich des bürgerlichen Rechts.[1] Diese Ansicht ist unrichtig. Beurteilt man nämlich den Sühnevergleich nur nach materiellem Recht, so müßte sich das gegenseitige Nachgeben der Parteien ausschließlich auf den materiellen Streitgegenstand beziehen. Alle reinen Erkenntnisse oder Verzichte dürften daher im Sühneverfahren nicht als Vergleiche protokolliert werden. Zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels wären die Parteien genötigt, einen Prozeß anzustrengen. Dies ist mit dem Zwecke des Sühneverfahrens unver-

26) cf. Rosenberg, 79.

27) O. A. Lehmann, 114; Stein-Jonas, II 2 zu § 794.

28) Hierdurch fällt auch die rein privatrechtliche und die rein prozeßrechtliche Theorie des prozessualen Vergleichsbegriffs. Anhänger der ersteren sind: Eccius, Gruch. 30, 465; Schwalbach, AZP. 64, 278. Die zweite wird vertreten von: Paul, 3, und Bülow, Geständnisrecht, 75.

29) O. A. Wurzer a. a. O. 357.

1) Paul, 56 ff.

einbar. Beim Sühnevergleich ist der Wille der Parteien auf eine prozessuale Wirkung, die Vermeidung des Rechtsstreits, gerichtet.[2] Durch seinen Abschluß wird der Eintritt der Rechtshängigkeit verhindert. Er muß deshalb auch irgendwelche prozessualen Rechte der Parteien beeinträchtigen, nimmt er doch den Parteien die Möglichkeit, ihre Ansprüche im Wege der Klage vor dem ordentlichen Gericht zu verfolgen. Diese Wirkung wird nur dadurch herbeigeführt, daß die Parteien auf die Geltendmachung prozessualer Rechte verzichten. Der Sühnevergleich enthält somit auch ein Nachgeben der Partei auf prozessualem Gebiete. Man wird auf ihn deshalb die Regeln des Prozeßrechts anwenden müssen. Beim Sühnevergleich liegt das gegenseitige Nachgeben in dem Verzicht des Ladenden auf die klagweise Verfolgung seiner Ansprüche und in dem Verzicht des Geladenen auf Einwendungen vor dem ordentlichen Gericht. Da ein gegenseitiges Nachgeben also stets vorliegt, ist nichts dagegen einzuwenden, daß eine Partei hinsichtlich des materiellen Streitgegenstandes nicht nachgibt.[3]

Auch aus den Bestimmungen des Gesetzes ist zu folgern, daß für die Form und Beurkundung des Sühnevergleichs das Prozeßrecht maßgebend ist. Die erforderliche Beurkundung ist eine Vorbedingung der Vollstreckbarkeit. Es darf nicht entgegengehalten werden, daß die Tätigkeit des Gerichts ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei. Das Gericht hat im Sühnevergleich bei der Regelung und Neuordnung des materiellen Streitverhältnisses Hilfe zu leisten. Insofern übt es eine Tätigkeit der streitigen Gerichtsbarkeit aus.

Der Vergleich im Sühneverfahren ist auch eine Prozeßhandlung, denn er soll in Beziehung auf einen künftig möglichen Prozeß eine prozessuale Wirkung herbeiführen[4] und ist für die Entstehung des Prozeßverhältnisses von Bedeutung.

Man muß somit den Sühnevergleich ebenso wie den Prozeßvergleich dem Privat- und dem Prozeßrecht gleichmäßig unterstellen.[5]

§ 11.

Die prozessualen Vereinbarungen, die das Vollstreckungsverfahren betreffen, sind nunmehr zu erörtern.

---

2) Vgl. Hellwig. Lehrb. III, 46

3) G. A. Wurzer, a. O. 294; Simon, 36—38.

4) Prozeßhandlungen sind alle Handlungen der Parteien, die „das Verfahren zum Gegenstande haben“ (§ 178 ZPO.) und „den Rechtsstreit betreffen“ (§ 81 ZPO.), nicht nur die bloßen Prozeßführungshandlungen. cf. Hellwig, System I, § 145 I.

5) G. A. Wurzer, a. a. O. 295, Goldschmidt, a. a. O. A. A. Baumbach; 2 zu § 499 g.

Unter diesen Verträgen spielen die sogenannten Vollstreckungsverträge eine große Rolle.[1] Es sind dies Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner über die Art und Weise der Zwangsvollstreckung.

Auch hier gibt es Verträge, welche jede Durchsetzung eines materiellen Rechts beseitigen wollen. Durch sie soll die Realisierung eines vollstreckbaren Titels im Wege der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen werden. Diese Verträge sind ebenso unzulässig, wie die im § 2 genannten Vereinbarungen, die eine Ausschließung der Klagbarkeit bezwecken. Es folgt dies aus der Wesensähnlichkeit des Klagrechts mit dem publizistischen Vollstreckungsrecht.[2]

Dieses Recht ist eine besondere Erscheinungsform des gegen den Staat gerichteten Rechts auf Rechtsschutz. Die Zwangsvollstreckung ist ein dem Staat ausschließlich zustehendes Machtmittel des öffentlichen Rechts. Als alleiniger Inhaber der Vollstreckungsgewalt ist der Staat seinen Machtunterworfenen gegenüber verpflichtet, beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen auf gehöriges Verlangen seine Vollstreckungsgewalt zu betätigen. Der Pflicht des Staates entspricht ein Recht des einzelnen auf Vornahme dieser Tätigkeit. Dieses Recht ist ein dem Klagrecht wesentlich ähnliches subjektiv öffentliches Recht.[3] Entsprechend dem Verzicht auf das Klagrecht ist eine Verzichtleistung auf dieses Recht unwirksam. Eine Entäußerung dieses Rechts ist dem Staate gegenüber nicht möglich. Als öffentliches Recht ist es der privaten Verfügungsmacht entzogen, sodaß es auch durch Verzicht dem Schuldner gegenüber nicht beseitigt werden kann.[4] Diejenigen, welche diese Verträge für zulässig halten, stützen ihre Ansicht darauf, daß das Vollstreckungsrecht dem Interesse des Gläubigers diene, und daß eine Verzichtleistung auf die Zwangsvollstreckung gesetzlich nicht verboten sei. Sie gehen also von der unrichtigen Voraussetzung aus, daß im Prozeßrecht alles erlaubt sei, was nicht verboten ist.[5]

Der Vorausverzicht auf die Vollstreckung kann auch nicht als ein materieller Verzicht auf das entstehende Pfandrecht angesehen werden.[6] Ein Pfändungspfandrecht gelangt mit der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher zur Entstehung. Undenkbar ist es, wie dieses durch Realakt entstehende Pfandrecht durch einen dem Schuldner

1) Sie werden von Kohler, Gruch. 31, 319, „Exekutionsverträge" genannt.
2) Nicht „Vollstreckungsanspruch".
3) Oertmann (Hellwig), System II, § 269, 1; Trutter, 92; Planck, Lehrb. II, 606; Stein-Jonas, II vor § 704; Wach, ZZP. 32, 21 ff.
4) Im Ergebnis g. A. Oertmann a. a. O.; RG. in SA. 56 Nr. 121.
5) So Roquette, ZZP. 49, 161.
6) Dies nimmt Dittrich, 34, an. Dagegen Reichenheim, 39.

erklärten Vorausverzicht im Augenblick der Entstehung untergehen soll. Die an dem Pfandstück haftende Pfandmarke beweist, daß es gerade wirksam entstanden ist.

Die Vollstreckungsverträge schaffen nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis unter den Parteien. Sie können daher das öffentlichrechtliche Vollstreckungsverfahren in keiner Weise direkt beeinflussen. Die vertragswidrige Vornahme von Vollstreckungshandlungen ist prozessual erlaubt. Da die Vollstreckungsverzichte eine der Parteidisposition entzogene Rechtsbeziehung zum Gegenstand des Vertrages machen, können sie bei Verletzung eine zivilrechtliche Schadensersatzpflicht nicht begründen. Ihre privatrechtliche Unwirksamkeit folgt aus den oben im § 2 [7] beim Verzicht auf das Klagrecht angeführten Gründen.[8]

Verträge, welche den Gläubiger verpflichten, die Vollstreckung zu unterlassen, sind ebenfalls rechtlich unwirksam. Diese Verträge sollen ebenso wie die vorgenannten Verzichtsverträge die Realisierbarkeit eines Titels im Voraus ausschließen. Die dem Unterlassungsvertrage zuwider vorgenommene Zwangsvollstreckung ist rechtmäßig. Sie kann nicht zum Schadensersatz verpflichten, denn die gänzliche Ausschließung eines unverzichtbaren öffentlichen Rechts durch Parteivereinbarung ist objektiv rechtswidrig. Das Gericht dürfte eine dahingehende Verurteilung niemals aussprechen.

Nicht anders zu behandeln sind Verträge, die dem Gläubiger die Verpflichtung auferlegen, den Schuldner nicht zur Leistung des Offenbarungseides laden zu lassen.[9] Das Gesetz gibt dem Gläubiger, dessen Vollstreckung fruchtlos geblieben ist, das Recht, vom Staate Leistung des Offenbarungseides durch den Schuldner zu verlangen. Es ist dies ebenfalls ein subjektiv öffentliches Recht, das dem Staate gegenüber unverzichtbar ist. Gleiches gilt für die vertragliche Ausschließung des Rechts des Gläubigers, Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Schuldners zu beantragen.

Zulässig sind dagegen Verträge, welche eine Vollstreckung auf bestimmte Gegenstände beschränken. Hierdurch wird die Zwangsvollstreckung als solche nicht ausgeschlossen. Diese Verträge betreffen nur das Verhältnis des Gläubigers zum Gerichtsvollzieher. Sie verpflichten den Gläubiger, dem Gerichtsvollzieher bestimmte Weisungen zu erteilen, bestimmte Gegenstände nicht zu pfänden oder erst nach einer gewissen Zeit versteigern zu lassen. Das Innen-

---

7) Seite 12—13.
8) A. A. Baumbach, 7 vor § 704; Förster-Kann 11 vor § 704.
9) A. A. Roquette, a. a. O. 160.

verhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher kann einer privatrechtlichen Regelung unterliegen. Betrachtet man es nach privatrechtlichen[10] oder sowohl nach privat- und öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten[11], so stellt es ein Vertragsverhältnis dar, das als ein Dienst- oder Werkvertrag aufzufassen ist. Aber selbst, wenn man es, m. E. richtiger Ansicht nach, als ein öffentlichrechtliche Beziehung nach amtsrechtlichen Grundsätzen beurteilt,[12] so wird man nichts dagegen einwenden können, daß es privatrechtlich gestaltungsfähig ist. Das Gesetz läßt dem Gläubiger freie Wahl, wann und wie er Befriedigung suchen will. Er kann in das Grundeigentum des Schuldners oder in dessen bewegliches Vermögen vollstrecken. Steht ihm aber ein Wahlrecht frei, so wird er sich auch in der Wahl der Vollstreckungsmöglichkeiten beschränken dürfen.

Verträge dieser Art können im Rechtsverkehr eine sehr große Rolle spielen. Hat doch der Schuldner oft ein erhebliches Interesse daran, daß einzelne Gegenstände, die für ihn ideellen Wert besitzen, nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen.

Diese Verträge sollen den Schuldner bezüglich der Zwangsvollstreckung besser stellen, als er unter gewöhnlichen Verhältnissen stehen würde. Ihr Zweck würde aber nicht erreicht werden, wenn der Schuldner eine vertragswidrige Vollstreckung durch den Gläubiger nicht verhindern könnte. Fraglich ist jedoch, ob und evtl. welche Rechtsbehelfe dem Schuldner zur Verfügung stehen.

Die Einwendungen des Schuldners richten sich gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung. Er rügt die Vollstreckung in einen der Pfändung vertraglich nicht unterliegenden Gegenstand. Eine Erinnerung nach § 766 ZPO. würde aber keine Aussicht auf Erfolg haben, denn die dem Vertrage zuwider vorgenommene Pfändung ist prozessual rechtmäßig.

Der Schuldner kann auch keine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO erheben.[13] Mit dieser Klage können nur solche Einwendungen geltend gemacht werden, „welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen.“ Einwendungen dieser Art können nur auf materiellem Gebiet liegen, sie müssen den Anspruch nach bürgerlichem Recht ganz oder teilweise beseitigen (Erlaß, Stundung etc.). Hier richten sich die Einwendungen aber nur gegen

10) So Falkmann, 285 ff; Stein, Grundfragen, 110 ff; Wach, Handb., 322; RG. 16, 400 ff.
11) So v. Seuffert, 4 zu § 166; Weismann, Lehrb. II, 80; RG. 56, 89.
12) So Hellwig, Lehrb. II, 115; Oertmann a. a. O. § 271, 4; RG. 82, 85 ff.
13) Unrichtig v. Seuffert, 1 vor § 704; Kohler, Gruch. 31, 312; Sintenis, ZZP. 30, 408; RG. in SA. 44 Nr. 236.

die Vollstreckung, nicht gegen den Bestand des materiellen Anspruchs selbst.

Es wird nun doch die Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage behauptet. Man meint, die Vollstreckbarkeit eines Titels sei gleich der Realisierbarkeit eines Anspruchs. Da letzteres eine wesentliche Eigenschaft des Anspruchs sei, beträfen alle Einwendungen gegen die Vollstreckung den Anspruch selbst. Diese Ansicht ist insofern unrichtig, als sie die Vollstreckbarkeit als Mittel der Realisierung mit dieser selbst identifiziert, und somit das Mittel dem Zwecke gleichsetzt.

Die vertragswidrige Vollstreckung soll nach Ansicht des Reichsgerichts einen Einwand der Arglist entstehen lassen.[14] Da dieser Einwand sich gegen den Anspruch selbst richte, könne er auch im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden. Dem steht aber entgegen, daß eine Vertragsverletzung nicht stets arglistig zu sein oder gegen die guten Sitten zu verstoßen braucht. Es wäre dies vielleicht unter besonderen Umständen möglich, regelmäßig ist es aber nicht der Fall.

Eine Anwendung der Vollstreckungsgegenklage wird stets daran scheitern, daß die gegen die Vollstreckung erhobenen Einwendungen den geltendgemachten materiellen Anspruch selbst nicht betreffen.

Infolgedessen hält man eine Geltendmachung der Vollstreckungsbeschränkung in der Vollstreckungsinstanz überhaupt für unzulässig.[15] Man fordert vielmehr, daß der Schuldner sich auf die vertragliche Beschränkung nur bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung berufen könne, und daß er die Aufnahme der Beschränkung in den Urteilstenor bewirken müsse.[16], [17]

Trotzdem aber kann sich der Schuldner durch eine materielle Klage auf Unterlassung der vertragswidrig vorgenommenen Vollstreckung helfen. Der Vollstreckungsvertrag ist ein privatrechtlicher Vertrag mit schuldrechtlichen Wirkungen.[18] Er verpflichtet den Gläubiger, eine Vollstreckung nur in gewissen Grenzen vorzunehmen. Die Leistung des Gläubigers besteht in einem Unterlassen

14) RG. in JurW. 01, 12210; 10, 709.
15) So Reichenheim, 38.
16) So Förster-Kann, 11 b vor § 704; Baumbach, 7 vor § 704.
17) Zur Begründung dieser Ansicht zieht man die Bestimmungen der §§ 780 u. 786 ZPO., die für die gesetzlich beschränkte Haftung einen Vorbehalt im Urteil verlangen, heran. Dabei wird jedoch übersehen, daß in diesen Fällen ein Leistungsverweigerungsrecht vorliegt, und daß es sich um eine einseitige Beschränkung der Vollstreckung handelt.
18) cf. Förster-Kann a. a. O.

anderweitiger Vollstreckungshandlungen (§ 241 BGB.). Wie jeder Vertrag des Privatrechts gewährt der Vollstreckungsvertrag dem Berechtigten einen Erfüllungsanspruch. Der Schuldner kann daher auf Erfüllung des Vertrages klagen.

Diese Klage ist ihrer Wirkung nach auch eine Vollstreckungsgegenklage, jedoch nicht aus formellen, sondern aus materiellen Gesichtspunkten.[19]

Bei einer vertragswidrigen Vollstreckung kann der Schuldner gegen den Gläubiger auch eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung der betreffenden Vollstreckungshandlung erwirken.[20]

Dem Schuldner steht, wenn er mit der Erfüllungsklage die Vollstreckung nicht mehr verhindern konnte, auch eine Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vollstreckungsvertrages zu. Abzulehnen ist daher die Ansicht derer, welche nur eine Schadenserſatzklage aus unerlaubter Handlung für zulässig halten. [21] Eine Deliktsklage ist neben der Klage aus einem obligatorischen Vertrage regelmäßig ausgeschlossen, es sei denn, daß das vertragswidrige Verhalten aus besonderen Gründen eine unerlaubte Handlung enthält.[22]

Unzulässig sind auch Verträge, die eine Erweiterung der Zwangsvollstreckung über die gesetzlichen Grenzen hinaus zum Gegenstande haben. Die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung in den §§ 811 und 850 ZPO. sind im öffentlichen Interesse gegeben. Die Allgemeinheit ist im hohen Grade daran interessiert, daß dem Schuldner eine gewisse Habe verbleibt, damit er nicht der Armenpflege zur Last fällt. Das Gesetz beschränkt daher die Zwangsvollstreckung in gewissen Fällen, damit dem Schuldner nicht auch das Letzte genommen werden darf. Ein Vertrag, der dies erlaubte, wäre als gegen Gesetz und gute Sitten verstoßend gemäß §§ 134 und 138 BGB. nichtig.[23]

Verträge dahin, daß eine Vollstreckung ohne vorherige Zustellung des Schuldtitels (§ 750 ZPO.) oder ohne richterliche Erlaubnis nachts oder an Feiertagen (§ 761 ZPO.) vorgenommen

19) Soweit ersichtlich, ist die Zulässigkeit einer solchen „Vollstreckungsgegenklage" bisher nur von Roquette a. a. O., 166—67 angenommen worden. In der Entscheidung des OLG. Stuttgart, SA. 43 Nr. 314 und des OLG. Dresden, RSp. 25, 163 findet sich ein undeutlicher Hinweis. Eine Feststellungsklage, wie sie das RG. in SA. 44 Nr. 236 für zulässig hält, kommt neben der Leistungsklage nicht in Frage.

20) Dies kommt einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung nach nach § 769 ZPO. gleich.

21) Baumbach, 7 vor § 704; Förster-Kann, 11 b vor § 704.

22) Vgl. RG. 61, 359.

23) Dies wird von keiner Seite bestritten. Das Reichsgericht in RG. 72, 181, hält die mit Zustimmung des Schuldners erfolgte Pfändung für bedingt wirksam. (§ 766 ZPO!)

werden dürfe, oder daß der Eintritt eines Kalendertages nach § 751 ZPO. nicht abgewartet zu werden brauche, sind prozessual unbeachtlich.

§ 12.

Außer den Vollstreckungsverträgen gibt es noch eine Reihe von prozessualen Vereinbarungen vollstreckungsrechtlichen Inhalts. Von diesen tritt der Unterwerfungsvertrag am häufigsten in Erscheinung. Durch ihn unterwirft sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung. Der Gläubiger kann in diesem Falle sofort gegen den Schuldner vollstrecken, ohne zuvor zwecks Erlangung eines vollstreckbaren Titels eine Klage anstrengen zu müssen. Vollstreckungstitel ist hier die Urkunde, welche die Unterwerfungserklärung des Schuldners enthält (§ 794 Ziff. 5 ZPO.).

Der Unterwerfungsvertrag muß sich stets auf einen bestimmten Anspruch beziehen. Der Schuldner kann sich nicht schlechthin der Zwangsvollstreckung unterwerfen. Im Gegensatz zu anderen prozessualen Vereinbarungen verlangt das Gesetz hier eine genaue Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses, hinsichtlich dessen die Unterwerfung erfolgt. Der Anspruch muß auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder auf Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen gerichtet sein. Dabei sind den Geldzahlungsansprüchen Ansprüche aus einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld kraft Gesetzes gleichgestellt. Der Anspruch muß so gestaltet sein, daß er auch im Urkundenprozeß verfolgt werden könnte. Die mangelnde Bestimmtheit der Geldsumme schließt die Unterwerfungsklausel bei einer Höchstbetragshypothek (§ 1190 BGB.) aus.[1] Unzulässig ist eine Unterwerfung wegen eines künftigen Anspruchs[2], zulässig aber wegen befristeter, bedingter oder von Gegenleistungen abhängiger Ansprüche.[3]

Der Unterwerfungsvertrag ist, wie alle außerprozessualen Vereinbarungen, nach Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurteilen. Prozessuale Wirksamkeit erlangt er, weil die Prozeßordnung ihm eine solche verleiht. Da der Unterwerfungsvertrag hinsichtlich der Zwangsvollstreckung dieselbe Wirkung wie ein Urteil erlangt, hat er auch gewissen prozessualen Erfordernissen zu genügen: Nach § 794 Ziff. 5 ZPO. muß die Unterwerfung vor einem deutschen

---

1) RG. in RGZ. 28, 146; Förster-Kann, 7 d zu § 794.
2) v. Seuffert, ZZP. 16, 453; RG. in RSp. 10, 88, KGBl. 25, 54.
3) Stein-Jonas, VII 2 zu § 794; Hellwig, Anspruch u. Klagrecht, 322 N. 21; v. Seuffert, 7 d zu § 794.

Gericht oder Notar zu Protokoll erklärt werden. Dieser Akt ist ein besonderes Kennzeichen des Unterwerfungsvertrages. Er ist zwar keine Prozeßhandlung, wohl aber eine prozessuale Willenserklärung, soll er doch eine rechtskräftige Verurteilung ersetzen. Die Unterwerfung erfordert daher Prozeßfähigkeit des Schuldners. Sie geschieht durch einseitige Erklärung und bedarf keiner Annahme seitens des Gläubigers.[4]

Die Beurkundung des Unterwerfungsvertrages regelt sich nach § 167 FGG.[5] Die Urkunde muß alle Tatsachen enthalten, die für den Inhalt und Umfang der Verpflichtung maßgebend sind. Andere Tatsachen sind für die Auslegung der Unterwerfungserklärung unbeachtlich.[6]

Der Unterwerfungsvertrag fällt mit der Aufhebung oder Abänderung des Schuldverhältnisses, hinsichtlich dessen er getätigt ist. Zur Vollstreckung des abgeänderten Anspruchs ist eine neue Unterwerfung erforderlich. Betrifft die Abänderung nur einen Teil des ursprünglichen Schuldverhältnisses, werden z. B. für ein Darlehn neue Fälligkeitsbedingungen vereinbart, so kann wegen des nicht abgeänderten Teils auf die frühere Unterwerfung Bezug genommen werden. Beide Urkunden bilden alsdann „in ihrer Zusammenfassung die Urkunde, nach deren Inhalt sich die Vollstreckbarkeit bestimmt".[7]

§ 13.

Sodann gibt es im Zwangsvollstreckungsverfahren in einigen Fällen prozeßrechtliche Vereinbarungen. Gläubiger und Schuldner können über den Zeitpunkt und den Ort der Versteigerung (§ 816 Abs. 1 und 2 ZPO.) oder über die Versteigerungsbedingungen vertragliche Regelungen treffen. Abreden dieser Art erlangen direkte prozessuale Wirksamkeit. Dies ist jedoch bei einer Vereinbarung der Parteien über eine anderweitige Verwertung der Pfandsache gemäß § 825 ZPO. nicht der Fall. Zu einer besonderen Verwertung ist stets eine Anordnung des Vollstreckungsgerichts erforderlich.

---

4) Stein-Jonas, VII 3 vor § 704; RG. 84, 318.

5) Eine bloße Beglaubigung genügt nicht. Das beurkundende Gericht übt eine Tätigkeit der freiwilligen, nicht der streitigen Gerichtsbarkeit aus. Vgl. aber RG. 67, 417; 71, 303.

6) RG. 72, 22.

7) KG. in KGJ. 42, 263. Diese Entscheidung ist von Buhe, Gruch. 58, 369 ff, m. E. zu Unrecht bemängelt worden.

Die Einigung über den Teilungsplan (§ 876 ZPO.) ist kein Prozeßvertrag, denn sie stellt nur eine Vereinbarung unter den Gläubigern, nicht aber zwischen den beiden Parteien, dar.

Die im Offenbarungseidverfahren häufigen Abreden, durch die der Gläubiger einstweilig von einer Erzwingung des Offenbarungseides Abstand nimmt und der Schuldner verspricht, seine Schuld in bestimmter Weise abzutragen, sind keine prozessualen Vereinbarungen, sondern materiellrechtliche Stundungsverträge.

Ueber das Verfahren bei der Zwangsversteigerung können die Parteien nach § 59 ZVG. Vereinbarungen treffen.

§ 14.

Ein prozessualer Vertrag ist auch der Zwangsvergleich (§§ 173 ff. KO., 33 ff VO. über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkursverfahrens v. $\frac{\text{14. Dezember 1916}}{\text{8./14. Juni 1924}}$ [1]). Es ist dies ein „vom Konkursgericht genehmigter Vertrag des Gemeinschuldners mit den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern über eine bestimmte, anstelle der Konkursverteilungen tretende Befriedigung dieser Gläubiger".[2] Der Zwangsvergleich bezweckt eine Aufhebung des Konkursverfahrens ohne Verwertung der Konkursmasse. Er gewährt dem Gemeinschuldner einen Teilerlaß bezw. eine Stundung seiner Schuld und bietet den Gläubigern eine bessere und schnellere Befriedigung, als dies bei Durchführung des Konkurses zu erwarten ist. Seine Eigentümlichkeit liegt darin, daß er auch diejenigen Gläubiger, welche an den Vergleichsverhandlungen nicht teilnahmen oder gegen die Annahme des Vergleichs stimmten, bindet und in ihren Rechten beschränkt.

Zum wirksamen Zustandekommen eines Zwangsvergleichs ist erforderlich: Ein Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners, ein Beschluß der Gläubigerschaft und eine Bestätigung des Gerichts. Diese Bestätigung hat nur formale Bedeutung, sie dient der Feststellung, daß die gesetzlichen Voraussetzungen des Vergleichs vorhanden sind. Unrichtig ist es daher, den Zwangsvergleich wegen der gerichtlichen Bestätigung als ein Urteil anzusehen.[3] Die Zwangsbindung der überstimmten Gläubiger erfolgt nicht durch Richterspruch, sondern durch den Willen des überwiegenden Teils der Gläubigerschaft. Der Zwangsvergleich ist daher tatbestandsmäßig

1) Zitiert· GVO.
2) Jäger, Konkursordnung, 1 zu § 173.
3) Eccius, Preuß. Privatrecht I, 813.

ein nach materiellrechtlichen Grundsätzen zu beurteilender Vertrag.[4]

Als solchem ist ihm auch der bürgerlich-rechtliche Vergleichsbegriff zugrunde zu legen.[5] Er soll zwar nicht die Ungewißheit über die Ansprüche der Gläubiger beseitigen, darf er doch erst abgeschlossen werden, nachdem die Forderungen der Gläubiger im Prüfungstermin festgestellt sind. Wohl aber soll er durch die Bürgschaft der Vergleichsbürgen die Unsicherheit der Konkursforderungen beseitigen (§ 779 Abs. 2 BGB.).[6] Auch das Erfordernis des gegenseitigen Nachgebens ist gewahrt. Die Gläubiger lassen einen Teil ihrer Forderungen nach, wogegen der Schuldner für die Verwirklichung der Ansprüche Sicherheiten schafft, die er bei Durchführung des Konkurses nicht zu stellen brauchte.

Der Zwangsvergleich kann nur im Vergleichstermin vor dem Konkursgericht abgeschlossen werden. Seiner Form nach ist er also eine Prozeßhandlung. Inhaltlich ist er aber ein Vertrag über die Befriedigung der Gläubiger, der die Beendigung des Konkursverfahrens als Folgeerscheinung eintreten läßt. Die Schuldenbereinigung (§ 174 KO.) ist Gegenstand der Vereinbarung und nicht deren bloße Nebenwirkung. Der Zwangsvergleich darf deshalb nicht als ein rein prozeßrechtlicher Vertrag über die Aufhebung des Konkursverfahrens aufgefaßt werden.[7] Er ist vielmehr ebenso wie der Prozeß- und Sühnevergleich gleichzeitig materieller und prozessualer Vertrag.[8]

In letzter Zeit trat der sogen. „Privatkonkurs" häufig in Erscheinung. Es ist dies eine Vereinbarung zwischen dem Schuldner und seinen Hauptgläubigern über die Verwertung und anteilsmäßige Verteilung der vorhandenen Vermögenswerte des Schuldners im gemeinsamen Interesse der Gläubiger unter Vermeidung irgendwelcher Mitwirkung des Gerichts. Hierdurch sollen die Kosten des gerichtlichen Konkurs- oder Geschäftsaufsichtsverfahrens erspart werden. Diese Vereinbarung kann keine prozessualen Wirkungen hervorrufen. Sie nimmt den widersprechenden

4) Jäger a. a. O.; Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung, 5 vor § 173; RG. 77, 404.

5) G. A. v. Seuffert, Konkursprozeßrecht, 409. A. A. Petersen-Kleinfeller, 4 vor § 173; Paul a. a. O., 67.

6) Hierdurch fällt das Gegenargument Kleinfellers, der die Unanwendbarkeit des materiellen Vergleichsbegriffs deshalb bestreitet, weil trotz des Zwangsvergleichs keineswegs feststände, daß die Forderungen der Gläubiger befriedigt werden.

7) Unrichtig Kohler, Lehrb. d. Konkursrechts, § 72, S. 453, 458.

8) G. A. Jäger, 13 zu § 173; Stein-Jonas, VI vor § 128.

Gläubigern nicht das Recht, gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung zu betreiben.[9]

§ 15.

Die außerprozessualen Verträge prozeßrechtlichen Inhalts sind, wie gezeigt wurde, in ihrem Abschlußtatbestande nach Privatrecht zu beurteilen. Dies gilt gleicherweise für die Vereinbarungen, die sich auf das Erkenntnisverfahren beziehen, wie für diejenigen, welche das Vollstreckungsverfahren betreffen. Auch hinsichtlich ihrer Begründungserfordernisse stehen diese Verträge unter der Herrschaft des bürgerlichen Rechts. Für sie gilt ebenso wie für andere privatrechtliche Geschäfte der Grundsatz der Formfreiheit. Dies bringt auch die Zivilprozeßordnung in § 1027 zum Ausdruck, indem sie für den Schiedsvertrag die Maßgeblichkeit der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches anerkennt. Abgesehen vom Unterwerfungsvertrage, für den das Gesetz ausdrücklich gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorschreibt, bedürfen die außerprozessualen Prozeßverträge keiner Form. Selbst dann nicht, wenn sie im Anschluß an einen formbedürftigen Vertrag geschlossen werden. Dies gilt natürlich nur, soweit sie für sich allein geschlossen sind. Stellen sie Teile eines Vertrages dar, der nach materiellem Recht dem Formzwang unterliegt, so sind auch sie als Bestandteile des Hauptvertrages der Form bedürftig.

Nach bürgerlichem Recht richtet sich auch die Befähigung und Legitimation der Vertragsparteien. Zum Abschlusse des prozessualen Vertrages ist eine Prozeßvollmacht nicht erforderlich. Sie würde auch nicht ausreichen, denn sie ermächtigt gemäß § 81 ZPO. den Bevollmächtigten nur zur Vornahme von Prozeßhandlungen. Die außerprozessualen Prozeßverträge sind aber keine Prozeßhandlungen.[1] Der Umstand, daß die Verträge prozessuale Wirkungen hervorbringen können, macht sie nicht selbst zu Prozeßhandlungen. Maßgebend für die Behandlung eines Akts als Prozeßhandlung ist nur sein Abschluß. Die genannten Verträge haben nur die Her-

9) Um derartige Vollstreckungsmaßnahmen zu verhindern, überträgt der Schuldner gewöhnlich seine gesamten Aktiven einem von der Gläubigerschaft gestellten Treuhänder. Diese Uebereignung unterliegt gemäß § 3 Ziff. 1 des Anfechtungsgesetzes der Anfechtung, denn sie enthält stets eine Benachteiligung der nicht zustimmenden Gläubiger. Bis zur Eröffnung des Konkurs- oder Geschäftsaufsichtsverfahrens hat jeder Gläubiger das Recht, auf Grund seines Schuldtitels ohne Rücksicht auf das Vorhandensein anderer Gläubiger in das Vermögen des Schuldners zu vollstrecken und vollständige Befriedigung zu suchen. Dieses Recht soll aber durch die Uebereignung vereitelt werden.

1) Unrichtig Stein-Jonas, II 1 c zu § 38.

vorbringung einer prozessualen Wirkung, nicht die Beeinflussung eines (konkreten) Verfahrens selbst zum Gegenstande. Ihr Abschluß richtet sich ausschließlich nach materiellem Recht.

Die prozessualen Verträge können niemals für sich allein vorgenommen werden. Sie müssen sich stets auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis beziehen.

Wenn auch diese Verträge gewöhnlich in Verbindung mit einem bestimmten Geschäft abgeschlossen werden, bleiben sie doch diesem gegenüber selbständig. Die Nichtigkeit des materiellen Vertrages braucht nicht notwendigerweise die Nichtigkeit des prozessualen Vertrages nach sich ziehen.[2] Es ist gerade anzunehmen, daß das prorogierte Gericht oder das Schiedsgericht die Nichtigkeit des Hauptvertrages feststellen soll.[3] Ist jedoch der Prozeßvertrag Bestandteil des Hauptvertrages derart, daß der eine nicht ohne den anderen denkbar ist, so würde freilich eine Teilnichtigkeit gemäß § 139 BGB. Vollnichtigkeit begründen. Ob die beiden Verträge tatsächlich derart ineinander verquickt sind, muß aus den Umständen des einzelnen Falles festgestellt werden. Eine hierfür sprechende Vermutung gibt es nicht.

Bedingungen und sonstige Nebenbestimmungen können den prozessualen Verträgen wie den anderen Verträgen des Privatrechts hinzugefügt werden. Sie können die eintretende prozessuale Wirkung nicht beeinflussen. Durch sie wird nur der für den Eintritt dieser Wirkungen erforderliche Entstehungstatbestand von besonderen Umständen abhängig gemacht. Die Erschwerung liegt also nur auf materiellem Gebiete. Ihrer Zulässigkeit steht nichts im Wege.[4]

Prozessuale Vereinbarungen können jederzeit, solange sie nicht irgendwie im Prozesse Geltung erlangt haben, wieder aufgehoben werden. Die Aufhebung geschieht durch einfachen Gegenvertrag.[5]

Die Wirkung dieser Verträge liegt ausschließlich auf prozessualem Gebiete. Das Privatrecht gibt keinen Anhaltspunkt dafür, ob die prozeßrechtlichen Verträge irgendwelche Wirkungen ausüben und welcher Art diese Wirkungen sind. Für sie ist daher das Prozeßrecht allein maßgebend. Sie erlangen prozessuale Wirksamkeit nur deshalb, weil die Prozeßordnung ihnen eine solche einräumt.

---

2) G. A. Sydow-Busch, 3 zu § 38; Stein-Jonas, II 1 d, e zu § 38; RG. 87, 8—9; RG. in Jur.W 14, 773[19]; 24, 1182[14]; KG.Recht 22 Nr. 1185.

3) Damit fällt auch die gegenteilige Meinung. Vertreter derselben sind: Hellwig, System I § 58 III 1, § 151 IV 3; Oertmann, ZZP. 45, 409 ff; Förster-Kann, 2 b zu § 38; Weismann, Lehrb. 426.

4) cf. Oertmann, ZZP. 45, 312.

5) OLG. München, SA. 53 Nr. 136.

Die Zivilprozeßordnung führt in ihren einzelnen Bestimmungen ausdrücklich an, welche prozeßrechtlichen Wirkungen sie ihnen verleiht. Nur diese Wirkungen können die prozessualen Verträge ausüben.

Sonach ergibt sich zusammenfassend:

Die außerprozessualen Prozeßverträge sind bezüglich ihres Tatbestandes nach materiellem Recht zu beurteilen. Sie bringen, weil und soweit sie die Prozeßordnung anerkennt, direkte prozessuale Wirkungen hervor.

Die innerprozessualen Prozeßverträge sind ebenfalls Parteivereinbarungen, die eine prozessuale Wirksamkeit entfalten. Wie die Untersuchung gezeigt hat, werden diese Vereinbarungen dem Gericht durch eine Prozeßhandlung kundbar gemacht. Hierin liegt ihre grundsätzliche Verschiedenheit von den außerprozessualen Prozeßverträgen. Prozeßhandlungen sind Willensäußerungen der Parteien (ihrer Vertreter, Beistände oder Nebenintervenienten), die in Beziehung auf den Prozeß bestimmte prozessuale Wirkungen ausüben sollen. Als solche unterstehen sie ausschließlich dem Prozeßrecht, das sie hinsichtlich ihres Tatbestandes und ihrer Wirkungen regelt.

Infolgedessen sind die Abschlußvoraussetzungen dieser Verträge andere als bei den außerprozessualen Prozeßvereinbarungen. Genügte zu deren Abschlusse Parteifähigkeit der Vertragschließenden, so ist **auch** Prozeßfähigkeit der Handelnden erforderlich. Nach Prozeßrecht bestimmt sich auch die Befugnis zu ihrer Vornahme und die Vertretung dabei (§§ 51 ff ZPO.).

Die Prozeßordnung bestimmt nun zwar, inwieweit diese Vereinbarungen zulässig und wirksam sind. Sie beantwortet jedoch nicht die Frage, wie diese Akte begrifflich zu werten sind. Das Gesetz spricht bald von einer „Vereinbarung", bald von einer „Einigung", ohne anzugeben, was darunter zu verstehen ist. Aus den vom Gesetz gebrauchten Worten kann aber gefolgert werden, daß es sich bei diesen Akten um übereinstimmende und sich gegenseitig ergreifende Willenserklärungen der Parteien handelt. Dies sind auch die Merkmale des prozessualen Vertrages. Der materielle Vertragsbegriff ist daher den innerprozessualen Prozeßverträgen ebenfalls zu Grunde zu legen.

Diese Verträge können, da nur das Prozeßrecht für sie maßgebend ist, nicht durch Parteivereinbarung beseitigt werden. Es wäre dies auch nicht mehr möglich, denn durch sie ist der Prozeß in eine andere Situation getreten. Ist das unzuständige Gericht

durch die Gerichtsstandsvereinbarung zuständig geworden, so ist der Widerruf der Vereinbarung bedeutungslos. Unter den innerprozessualen Prozeßverträgen nimmt der prozeßrechtliche Vergleich eine Sonderstellung ein. Er ist eine Prozeßhandlung, die zugleich einen zivilrechtlichen Tatbestand, die Neuordnung des materiellen Streitverhältnisses, zu erfüllen hat. Wie oben dargelegt wurde, ist der Vergleich gleichzeitig ein Vertrag des materiellen Rechts und, wie die übrigen innerprozessualen Verträge, eine Prozeßhandlung. Als Prozeßhandlung muß der Vergleich nach Prozeßrecht, als materieller Vertrag nach Zivilrecht beurteilt werden.

Da der Vergleich dem Prozeß- und dem Privatrecht unterliegt, sind auch seine Abschlußerfordernisse aus beiden Rechten zu entnehmen. Zu seinem Abschlusse als eines materiellen Vertrages ist Parteifähigkeit der Vertragschließenden erforderlich. Da er aber zugleich als Prozeßhandlung vorgenommen wird, müssen die Vergleichsparteien auch prozeßfähig sein, wenigstens in dem betreffenden Rechtsstreit. Die Prozeßvollmacht ermächtigt den Prozeßvertreter, der die materiellrechtliche Vertretungsmacht nicht besitzt, kraft der ausdrücklichen Vorschrift des § 81 ZPO. zum Abschluß von Prozeßvergleichen. Im Verfahren vor den Kollgialgerichten unterliegt er dem Anwaltszwang.

Trotzdem der Vergleich nach zwei Rechten zu beurteilen ist, bleibt er doch selbst ein einheitlicher Vertrag. Die materiellen und prozessualen Wirkungen sind so eng miteinander verknüpft, daß die einen nicht ohne die anderen eintreten können.[6]

Ein Prozeßvergleich kann auch im Gegensatz zu den innerprozessualen Vereinbarungen durch einen Gegenvertrag wieder aufgehoben werden, denn die Zulässigkeit der nachträglichen Beseitigung der zivilrechtlichen Folgen ist nicht zu bezweifeln.[7]

Gleiche Gesichtspunkte gelten für den Sühne- und den Zwangsvergleich.

Das Ergebnis läßt sich also wie folgt zusammenfassen:

> Die innerprozessualen Prozeßverträge, mit Ausnahme der Vergleiche, unterliegen hinsichtlich ihres Abschlusses und ihrer Wirkungen ausschließlich den Regeln des Prozeßrechts.
>
> Die prozeßrechtlichen Vergleiche sind einerseits materiellrechtliche Verträge und andererseits Prozeßhandlungen. Sie sind gleichmäßig nach Privat- und Prozeßrecht zu beurteilen.

---

6) S. A. Kohler, ZZP. 29, 48; Wurzer a. a. O. 358; RG. 57, 257.
7) S. A. Stein-Jonas, 3 a zu § 794; Lehmann, 239; RG. 78, 289. A. A. Wach, Handbuch, 52.

§ 16.

Die Wirkung von Willensmängeln ist bei den einzelnen Arten von Prozeßverträgen verschieden.

Bei den außerprozessualen Verträgen bestimmen sich die Folgen von Willensmängeln nach bürgerlichem Recht. Diese Verträge sind in ihrem Abschlußtatbestande privatrechtlicher Natur. Die Gültigkeit ihrer Errichtung ist daher nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. Auch hier würden Irrtum, Zwang, Betrug etc. das mangelhafte Geschäft anfechtbar machen. Ebenso würde ein etwa obwaltender Dissens das Zustandekommen des Vertrages verhindern. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist auch maßgebend für die Geltendmachung der Ungültigkeitsgründe. Dies gilt besonders für die Form der Anfechtung, der Bestätigung und dergl. Alles dies bezieht sich nur auf die Frage der Gültigkeit des Abschlußtatbestandes der prozessualen Vereinbarung und hat mit ihrer inhaltlichen Besonderheit nichts zu tun.

Die §§ 134 und 138 BGB. sind auch auf prozeßrechtliche Vereinbarungen anwendbar. Ob ein Geschäft gesetz- oder moralwidrig ist, bestimmt sich hier, dem Inhalt der Verträge entsprechend, in erster Linie nach Prozeßrecht. Ist ein Vertrag prozeßrechtlich verboten, so ergibt § 134 BGB. die Folge.

Die Anfechtung der außerprozessualen Vereinbarungen erfolgt durch Erklärung dem Vertragsgegner gegenüber. Beim Unterwerfungsvertrage wird daneben aber noch evtl. eine Einwendung gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel nach § 797 Abs. 3 ZPO. erforderlich sein.[1]

Auf die Folgen der bei den innerprozessualen Prozeßverträgen auftretenden Willensmängel finden, der Natur dieser Akte gemäß, nur die Vorschriften des Prozeßrechts Anwendung. Die Vereinbarungen der Parteien, die dem Gericht durch eine Prozeßhandlung kundbar gemacht werden, sind in dem Sinne maßgebend, wie sie den Umständen nach verstanden werden müssen. Willensmängel sind deshalb grundsätzlich unbeachtlich. Hat sich eine Partei versprochen oder verschrieben, oder ist sie von anderen Prozeßbeteiligten in einem von ihr nicht gewollten Sinne verstanden worden, so steht es ihr frei, den Fehler durch Zurücknahme oder Verbesserung der Erklärung zu beseitigen. Durch rechtzeitiges Handeln kann jeder Willensmangel wieder gut gemacht werden. Ist der Prozeß aber

---

1) Natürlich nur, wenn die Klausel bereits erteilt ist.

durch die Prozeßhandlung in eine andere Situation getreten, so sind die Grundsätze über die materiellrechtliche Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit auch nicht sinngemäß anwendbar.[2] Ist das unzuständige Gericht durch Vereinbarung oder Verhandlung zuständig geworden, so soll die einmal gewonnene Klarheit der Prozeßlage durch eine Anfechtung der Parteien nicht wieder verwirrt werden. Eine nachträgliche Beseitigung von Willensmängeln bei innerprozessualen Anträgen ist daher nicht möglich.

Die Nichtigkeitsfolgen dieser Verträge richten sich gleichfalls nach Prozeßrecht. Ihrem Inhalt nach können die prozeßrechtlich zugelassenen Prozeßvereinbarungen nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Nichtig wären sie aber, wenn sie durch Betrug oder Drohung herbeigeführt sind. Diese Nichtigkeit ist in der mündlichen Verhandlung vorzutragen bezw. durch Einlegung von Rechtsmitteln oder nach Rechtskraft des Urteils durch Erhebung einer Restitutionsklage gemäß § 580 ZPO. geltend zu machen. Hat sich beispielsweise eine prozeßunfähige Partei vor einem unzuständigen Gericht eingelassen und ist sie rechtskräftig verurteilt worden, so kann sie bei gehöriger Vertretung unter den Voraussetzungen des § 579 Ziff. 4 ZPO. eine Nichtigkeitsklage anstrengen.

Beim prozeßrechtlichen Vergleich können Willensmängel sowohl auf materiellem, wie auf prozessualem Gebiet liegen. Dies folgt schon aus der „Doppelnatur" des Vergleichs. Die Willensmängel, welche nur den auf formelle Beendigung oder Vermeidung des Prozesses gerichteten Vertragsteil betreffen, sind wie bei anderen Prozeßhandlungen grundsätzlich unbeachtlich. Beziehen sie sich jedoch auf den materiellen Vergleichsvertrag, so können sie wohl eine Aufhebung des Vergleichs herbeiführen. Für den materiellen Teil des prozessualen Vergleichs ist das bürgerliche Recht maßgebend. Infolgedessen sind die Folgen der ihm etwa anhaftenden Willensmängel nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. Der Vergleich kann nach § 138 BGB. nichtig sein, er kann auch der speziellen Vergleichsnichtigkeit des § 779 BGB. unterliegen.

Welche Folgen übt nun die anfängliche oder die durch Anfechtung eingetretene Nichtigkeit des materiellen Vergleichsvertrages auf den Vergleich aus? Bleiben insbesondere die prozessualen Wirkungen des Vergleichs bestehen? Es wird behauptet, daß diese materiellen Mängel, selbst wenn sie den Eintritt der rechtsgeschäft-

2) G. A. Stein-Jonas, V, 6 vor § 128; Hellwig, System I, § 153 II; RG. 81, 178, 105, 355. Die bürgerlichrechtlichen Anfechtungsvorschriften hält Walsmann, AZP. 102, 45 ff für anwendbar.

lichen Folgen des Vergleichs verhinderten, die einmal eingetretene Prozeßbeendigung nicht beseitigen könnten. Durch die Tatsache des Vergleichsschlusses vor Gericht sei der Prozeß zum Abschluß gebracht worden. Die Nichtigkeit des Vergleichs in materiellrechtlicher Beziehung sei deshalb unbeachtlich.[3]

Dieser Ansicht muß entgegengehalten werden, daß die prozeßbeendigende Wirkung des Vergleichs nur dann eintreten kann, wenn die in ihm enthaltene, auf Beendigung des Prozesses gerichtete Erklärung der Parteien in rechtsverbindlicher Weise erfolgt ist. Nur unter der Voraussetzung, daß der Vergleich auch wirklich eine Neuordnung des materiellen Streitverhältnisses herbeiführt, wollen die Parteien den Prozeß beendigen. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so ist die vereinbarte Erledigung des Prozesses nicht rechtsverbindlich.

Aber auch aus der engen Verknüpfung der materiellen und prozessualen Wirkung des Vergleichs folgt die Haltlosigkeit dieser Ansicht. Wie dargetan, ist der Vergleich ein einheitlicher Vertrag, trotzdem er zwei Seiten aufweist, die verschiedenen Rechten unterstellt sind. Der zivilrechtliche Vergleichsvertrag und die Prozeßhandlung sind Teile desselben Geschäfts. Teilweise Nichtigkeit zieht gemäß dem in § 139 BGB. enthaltenen Rechtsgrundsatz, der für jedes Recht maßgebend ist, Vollnichtigkeit nach sich. Ist nun der Vergleich als materieller Vertrag nichtig, so können auch seine prozessualen Wirkungen nicht eintreten.[4]

Wurde andererseits der Vergleich unter Verletzung irgendwelcher prozeßrechtlicher Bestimmungen geschlossen, so ist ein Prozeßvergleich ebenfalls nicht zustandegekommen. Der Prozeß wurde nicht beseitigt, er ist vielmehr rechtshängig geblieben.

Hieraus ergibt sich zwangsläufig, in welcher Weise die Geltendmachung der Nichtigkeitsgründe zu erfolgen hat: Sie erfolgt durch Einreichung eines Schriftsatzes oder durch Neuladung des Prozeßgegners im alten Verfahren. Ueber die behauptete Nichtigkeit des Vergleichs ist in einem Zwischenstreit nach mündlicher Verhandlung durch Zwischenurteil zu entscheiden (§ 303 ZPO.). Dieses Urteil stellt das Fortbestehen des Verfahrens fest. Wird die Nichtigkeit des Vergleichs nicht erwiesen, so muß ein Endurteil ergehen.[5]

3) So Rosenberg, Stellvertretung 80; Wolf, a. a. O. 233.

4) G. A. Wurzer, a. a. O. 358; RG. 57, 257.

5) G. A. Alsberg, a. a. O. 432; Walsmann, AZP. 102, 161 ff; Kohler, ZZP. 29, 44—45, 47—48, Wurzer, a. a. O. 358 ff, JurW. 1922, 1377; Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, 44, 46; Lehmann 236; Stein-Jonas, 3 a zu § 794; OLG. Celle RSp. 13, 139. Neuerdings fordert das RG. in JurW. 1922 1403 die Erhebung einer besonderen Klage

Kretschmar läßt eine Fortsetzung des alten Verfahrens nur im Falle der Nichtigkeit des Vergleichs zu.[6] Bei Anfechtbarkeit desselben fordert er die Erhebung einer der Restitutionsklage (§ 580 ZPO.) ähnlichen Anfechtungsklage.[7] Diese Klage ist aber nach obigem überflüssig. Sodann liegt kein Grund vor, die Nichtigkeit anders als die Anfechtbarkeit zu behandeln, denn im Ergebnis sind beide gleich.[8]

Das Reichsgericht[9] läßt eine Wiederaufnahme des alten Prozesses nach Vergleichsschluß nur dann zu, wenn er prozessual unwirksam ist, etwa wegen mangelnder Prozeßfähigkeit einer Vergleichspartei. Bei rein materiellen Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen hält das Reichsgericht die Anstrengung einer neuen Klage für erforderlich. In diesem Prozeß ist die Ungültigkeit des Vergleichs festzustellen.[10]

Gegen die reichsgerichtliche Ansicht ist schon von Wurzer angeführt worden, daß die Feststellungsklage des Feststellungsinteresses ermangele, „da der Anfechtungsberechtigte sein Ziel schon durch Fortsetzung des alten Prozesses erreichen kann".[11] Zudem würde eine neue Klage „eine unnütze Verdoppelung und Verteuerung der Prozesse mit sich bringen".[12]

In besonderen Fällen darf man allerdings auch eine Feststellungsklage für zulässig halten. Dies z. B. dann, wenn eine Vollstreckung aus dem anfechtbaren Vergleich droht und im alten Verfahren ein naher Termin, etwa weil der Vergleich in höherer Instanz geschlossen wurde, nicht zu erlangen ist.

Wenn aus einem unwirksamen Vergleich vollstreckt wird, ist auch eine Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO. zulässig. Es folgt dies aus § 795 ZPO. Die zeitliche Beschränkung der Einwendungen nach § 767 Abs. 2 ZPO. kommt hierbei nicht in Frage, da dem Vergleich keine Rechtskraftwirkung zukommt.[13] Eine Vollstreckungsgegenklage kann auch mit einer Zwischenfeststellungsklage (§ 280 ZPO.) verbunden werden.[14]

Schließlich können die Nichtigkeitsgründe eines Vergleichs noch als Angriffs- und Verteidigungsmittel in anderen Prozessen, z.

6) A. a. O. 92.
7) A. a. O. 90, 91.
8) Weitere Gegenargumente bei Wurzer, a. a. O. 366 ff.
9) RG. 106, 312; 78, 290.
10) Der Meinung des RG. treten bei: Wolf, a. a. O. 234; Rosenberg, 81; Kleinfeller, Lehrb., § 116, 3 b; Baumbach, 1 zu § 794.
11) Wurzer, a. a. O. 364.
12) Vgl. Stein-Jonas, 3 a zu § 794.
13) G. A. Stein-Jonas, 5 zu § 795; Wurzer, a. a. O. 372.
14) Lehmann, 245.

B. zur Begründung einer Bereicherungsklage, geltend gemacht werden. Dies ist aber bedenklich, wenn der Kläger seine Ansprüche durch Vergleich aufgegeben hat. Strengt er eine neue Klage an, so kann der Beklagte die Einrede der Rechtshängigkeit erheben.[15]

Beim Zwangsvergleich sind Willensmängel und Nichtigkeitsgründe durch sofortige Beschwerde gegen den Bestätigungsbeschluß des Konkursgerichts geltend zu machen (§ 189 KO., § 59 Abs. 2 GVO.). Ist der Beschluß aber bereits rechtskräftig geworden, so kann der Gläubiger, wenn der Vergleich durch Betrug zustandegekommen ist, den vergleichsweisen Erlaß seiner Forderung wegen arglistiger Täuschung durch formlose Erklärung dem Gemeinschuldner gegenüber anfechten. (§§ 123, 124, 143 BGB., 196 Abs. 1 KO., 64 Abs. 1 GVO.). Die Anfechtung ist aber nur dann zulässig, wenn der Gläubiger ohne Verschulden außerstande war, den Anfechtungsgrund in dem Bestätigungsverfahren geltend zu machen (§ 196 Abs. 1 KO., 64 Abs. 2 GVO.). Daneben steht es dem Gläubiger frei, gegen den Schuldner Strafanzeige wegen betrüglichen Bankerotts zu erstatten.[16] Die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners[17] hebt den Zwangsvergleich auf (§ 197 KO., § 65 GVO.). Auf Antrag eines Gläubigers erfolgt alsdann die Eröffnung bezw. die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens (§ 198 KO.).

§ 17.

Endlich ist noch die Uebertragbarkeit prozessualer Vereinbarungen einer Erörterung zu unterziehen. Diese Verträge sind an sich unselbständig. Wie die Untersuchung zeigte, müssen sie sich stets auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis beziehen. Sie können deshalb niemals für sich allein, sondern nur in Verbindung mit dem materiellen Schuldverhältnis übertragen werden. Wird die Abtretung einer Forderung in dieser Weise vorgenommen, so ist die prozessuale Vereinbarung auch dem neuen Gläubiger gegenüber wirksam.

Wie gestaltet sich aber die Rechtslage, wenn die prozessuale Vereinbarung nicht zum Gegenstand des Abtretungsvertrages gemacht worden ist? Es wird behauptet, die aus dem prozessualen Vertrage entspringenden Befugnisse seien höchstpersönliche Rechte. Sie könnten deshalb nur bei ausdrücklicher Abtretung von Drit-

15) Vgl. OLG. Dresden. SA. 62 Nr. 271.

16) Hiervon wird der Gläubiger stets Gebrauch machen, wenn ihm der Nachweis aus § 196 Abs. 2 KO. nicht gelingt.

17) Im Geschäftsaufsichtsverfahren genügt Verurteilung wegen vorsätzlicher Verletzung der Eidespflicht bei Leistung des Offenbarungseides.

ten ausgeübt werden.[1] Prozeßrechtliche Abreden, welche dem Gläubiger Verpflichtungen auferlegen, erzeugen ebenfalls nur persönliche Ansprüche zwischen Gläubiger und Schuldner. Zu ihrem wirksamen Uebergang sei daher stets eine besondere Uebernahme, richtiger ein Beitritt des neuen Gläubigers erforderlich.[2]

Indessen erscheint es sehr fraglich, ob diese Erfordernisse überhaupt notwendig sind. Aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ist zu entnehmen, daß eine Forderung unverändert auf den neuen Gläubiger übergehen soll. Es folgt dies schon aus § 398 BGB., wonach der neue Gläubiger an die Stelle des alten tritt. Aber auch aus anderen Bestimmungen geht hervor, daß die Uebertragung einer Forderung die Rechtslage der Parteien nicht verändern soll. Nach § 404 BGB. ist der Schuldner berechtigt, dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegenzusetzen, die zur Zeit der Abtretung gegen den alten Gläubiger begründet waren. Auch kann er gemäß § 406 BGB. alle ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderungen dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen. Aus § 407 BGB. ist durch Umkehrschluß zu folgern, daß der neue Gläubiger alle zwischen dem alten Gläubiger und dem Schuldner vor der Abtretung „in Ansehung der Forderung" geschlossenen Rechtsgeschäfte gegen sich gelten lassen muß.

Diese Grundsätze gelten auch bei der Abtretung einer Forderung, die mit einer prozessualen Vereinbarung beschwert ist. Der Abschluß einer prozeßrechtlichen Vereinbarung, z. B. eines Schieds- oder Prorogationsvertrages, beschränkt die Reaktionsfähigkeit eines Anspruchs. Der materielle Bestand des Anspruchs bleibt zwar unberührt, wohl aber wird seine prozessuale Geltendmachung betroffen. Die Forderung erlangt durch den prozeßrechtlichen Vertrag eine gewisse Eigenschaft, sie kann beispielsweise nicht mehr vor dem ordentlichen oder vor dem sonst zuständigen Gericht eingeklagt werden. Trotz ihres eigenen Daseins sind die prozessualen Vereinbarungen mit dem materiellen Anspruch so eng verbunden, daß sie sich in prozessualer Hinsicht als eine Eigenschaft des Anspruchs selbst auswirken.[3]

Mit der Abtretung der Forderung werden daher auch die Rechte und Pflichten aus dem prozeßrechtlichen Vertrage übertragen. Dieses Ergebnis ist durchaus zweckmäßig. Unbillig wäre es, wenn der Gläubiger durch die Abtretung —eine reine Willkürhandlung—

---

1) So Kleinfeller, Recht; 12 33 ff; AG. und LG. Bromberg in DIZ. 07, 1143.
2) So Eckstein, Gruch. 56, 463.
3) G. A. Franke, ZZP. 44, 124. Unrichtig Eckstein a. a. O., 459—60.

die Lage des Schuldners verschlechtern, ihm z. B. die Einrede aus § 274 Ziff. 2 ZPO. nehmen könnte. Die Abtretung soll aber auch den neuen Gläubiger nicht ungünstiger stellen als den alten; auch ihm sollen die Rechte aus dem prozessualen Vertrage zugute kommen. Der Abtretungsvertrag ist deshalb nach Treu und Glauben nur dahin auszulegen, „daß der neue Gläubiger hinsichtlich der Forderung alles haben soll, was der bisherige Gläubiger ihm zu gewähren vermag“,[4] es sei denn, daß etwas Gegenteiliges zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbart wäre. Da der Gläubiger nur die durch die prozessuale Vereinbarung eingeengte Forderung übertragen kann, hat der neue Gläubiger auch die vereinbarten Beschränkungen in der prozessualen Geltendmachung des Anspruchs gegen sich gelten lassen.[5] Nach der Abtretung der materiellen Forderung hat somit zwischen dem Schuldner und dem neuen Gläubiger stets das zu gelten, was zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger durch prozeßrechtlichen Vertrag vereinbart war.[6]

Gleiches gilt beim Uebergang einer Forderung kraft Gesetzes (§ 412 BGB.). Eine ererbte Forderung z. B. geht also nur mit den durch prozessuale Vereinbarung herbeigeführten Einschränkungen auf den neuen Gläubiger über.[7]

§ 18.

Wie die Untersuchung zeigte, darf die Zulässigkeit prozeßrechtlicher Vereinbarungen nicht aus dem Fehlen materiellrechtlicher Verbotsbestimmungen gefolgert werden. Abgesehen davon, daß das Privatrecht keine Veranlassung hat, Fragen des Prozeßrechts zu regeln, wäre es auch „ein befremdlicher Eingriff in ein anderweitiges Rechtsgebiet gewesen, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch ein Geschäft positiv oder negativ geregelt hätte, das in seinem Inhalte mit dem Bürgerlichen Rechte nichts zu tun hat“.[1] Sodann ist

---

4) Franke, a. a. O. 122.

5) Damit fällt auch die Ansicht Eckfteins, a. a. O. 463, der, gestützt auf § 401 BGB. nur prozessuale Vorzugsrechte ohne besondere Vereinbarung („Beitritt“) übergehen lassen will.

6) G. A. außer Franke a. a. O. auch Grunwald, LZ. 07, 114[illegible] — 44; RG. in RSp. 17, 97; RG. 56, 183.

7) Gleiche Gesichtspunkte sind im Falle des schuldnerischen Konkurses zwischen Gläubiger und Konkursverwalter maßgebend. Durch die Konkurseröffnung soll der Gläubiger hinsichtlich der dem Schuldner gegenüber erworbenen prozessualen Befugnisse nicht geschädigt werden. Der Konkursverwalter hat die Verpflichtungen des Gemeinschuldners gegen sich gelten zu lassen. Er kann aber auch dessen Befugnisse geltend machen, denn die Konkurseröffnung beseitigt nicht die durch Prozeßvertrag erlangten Rechte des Schuldners.

1) Oertmann, a. a. O. 414.

es logisch unmöglich, aus dem Mangel eines privatrechtlichen Verbots ohne weiteres die prozeßrechtliche Wirksamkeit eines Geschäfts zu schließen. Für die Entscheidung der Frage, inwieweit Prozeßverträge zulässig sind, kann deshalb nur das Prozeßrecht maßgebend sein. Dabei ist zu beachten, daß die prozessuale Wirksamkeit der Verträge nur deshalb eintritt, weil die Prozeßordnung eine solche gestattet, nicht etwa deshalb, weil sie dieselbe nicht verbietet. Es ist dies ein sich aus dem formalistischen Charakter unseres Zivilprozesses ergebender Grundsatz. Im Prozeßrecht ist nur das gestattet, was das Gesetz entweder ausdrücklich oder aus dem Sinn seiner Bestimmungen heraus erlaubt. Nur mit diesen Einschränkungen können die Parteien abändernd in das Prozeßrecht eingreifen. Da das geltende Prozeßrecht, wie allgemein anerkannt ist, den Konventionalprozeß verwirft, darf der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht auf die Verträge im Prozeßrecht ausgedehnt werden. Der Kreis der prozessual beachtlichen Vereinbarungen ist deshalb in sich geschlossen.[2]

---

2) G. A. Hellwig, System I, § 151, nach 6. Die von H. aufgeführten Fälle prozessual wirksamer Verträge sind allerdings nicht vollzählig. Unrichtig Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, Note 2427.

Lebenslauf.

Am 5. Januar 1902 bin ich, Adalbert Hoffmann, als Sohn des Polizeibeamten Paul Hoffmann zu Berlin geboren. Ich besuchte das Jahn-Realgymnasium zu Berlin-Lichtenberg, das ich Ostern 1921 nach bestandener Reifeprüfung verließ. Vom Sommersemester 1921 bis zum Wintersemester 1924-25 studierte ich an der Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin Rechtswissenschaften. Am 6. Juli 1925 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Kammergericht zu Berlin. Am 23. Juli 1925 wurde ich zum Referendar ernannt. Seit dieser Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst beim Landgericht I zu Berlin. Am 12. Juli 1927 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.